

DALLE TECNICHE DI PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ
ALL'UTILIZZO CON FINALITÀ RIPRODUTTIVA POST
MORTEM DI EMBRIONI E GAMETI CRIOCONSERVATI.
L'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA, FRANCESE E
SPAGNOLA A CONFRONTO*

*FROM FERTILITY PRESERVATION TECHNIQUES TO THE USE FOR
POST-MORTEM REPRODUCTIVE PURPOSES OF CRYOPRESERVED
EMBRYOS AND GAMETES. A COMPARISON OF ITALIAN, FRENCH
AND SPANISH LEGAL EXPERIENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 72-115

* Il lavoro, con l'aggiunta di note, riproduce e integra i contenuti delle relazioni svolte al Convegno *online* dal titolo "Primo Incontro di Studio. Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. La procreazione medicalmente assistita post mortem", 7 marzo 2024. I paragrafi I, II, III, IV e V sono riferibili a Carlo Alviggi e a Marika Ylenia Rovetto; i paragrafi VI e VII a Barbara Salvatore; i paragrafi VIII e IX a Oriana Clarizia; i paragrafi X, XI, XII, XIII a Letizia Coppo; i paragrafi XIV, XV e XVI e XVII a José Ramón de Verda y Beamonte.

Carlo ALVIGGI
et alii

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Il lavoro approfondisce il tema della fecondazione post mortem secondo una prospettiva metodologica interdisciplinare e comparatistica.

L'approccio interdisciplinare pone in risalto l'importanza della dimensione medica sottesa al tema. Nel prospettare le diverse tecniche di preservazione della fertilità, tra le quali peculiare rilievo assume la crioconservazione di embrioni e di gameti maschili, l'indagine evidenzia, in un'ottica di necessario confronto e costante dialogo, le problematiche più significative e i principali dubbi interpretativi ai quali si trova a far fronte, sul piano applicativo, il personale medico che effettua pratiche di procreazione assistita.

La prospettiva comparatistica, invece, è di ausilio nel rintracciare significative differenze tra l'esperienza giuridica italiana e quella francese: benché in entrambi i Paesi la fecondazione post mortem sia vietata, si riscontrano incongruenze e problematiche interpretative di tenore diverso in ragione della ratio non del tutto coincidente sottesa all'accesso alla procreazione assistita nei due sistemi giuridici. Ancor più distante è l'esperienza giuridica spagnola, la quale ammette la fecondazione postuma, effettuata con l'utilizzo dei gameti del marito o del convivente deceduto della donna che fa ricorso alla tecnica ma prevedendo condizioni e limiti precisi, il rispetto dei quali incide sulla condizione giuridica del nato permettendo di considerarlo, ad ogni effetto, figlio dell'uomo deceduto.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; consenso; fecondazione post mortem; crioconservazione; embrioni; gameti; bigenitorialità; condizione giuridica del nato; tutela dell'interesse del nato.

ABSTRACT: *The paper examines the issue of post-mortem reproduction technology from an interdisciplinary and comparative methodological perspective.*

The interdisciplinary approach highlights the importance of the medical dimension underlying the issue. In considering the various techniques for preserving fertility, and in particular the cryopreservation of embryos and gametes, the study highlights, in a perspective of comparison and constant dialogue, the main problems and interpretative doubts faced by medical professionals involved in assisted reproduction practices.

The comparative perspective, on the other hand, makes it possible to identify significant differences between the Italian and French legal approaches: although post-mortem fertilisation is prohibited in both countries, there are contradictions and problems of interpretation due to the different ratio underlying access to assisted reproduction in these two legal systems. The Spanish legal experience is even more distant, since it permits posthumous fertilisation carried out with the gametes of the deceased husband or partner of the woman using the technique, but imposes precise conditions and limits, the observance of which affects the legal status of the child and allows him to be considered, for all intents and purposes, as the child of the deceased man.

KEY WORDS: *Medically assisted procreation, consent, post-mortem fertilization, cryopreservation, embryos, gametes, bigenitorial status, legal status of the child, protection of the child's interest.*

SUMARIO.- I. PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ.- II. CONGELAMENTO DEGLI OVOCITI.- III.- CONGELAMENTO DI TESSUTO OVARICO.- IV. PRELIEVO OVOCITI IMMaturi E CONGELAMENTO PREVIA Maturazione OVOCITARIA *IN VITRO*.- V. Crioconservazione DEL SEME O DEL TESSUTO TESTICOLARE.- VI. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA.- VII. PRIMA IPOTESI: L'IMPIANTO *POST MORTEM* DI EMBRIONE.- VIII. SECONDA IPOTESI: UTILIZZO CON FINALITÀ PROCREATIVA *POST MORTEM* DI GAMETI MASCHILI PRELEVATI PRIMA DEL DECESSO DELL'UOMO.- IX. STATUS GIURIDICO DEL NATO E RISVOLTI SUCCESSORI.- X. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE.- XI. IL FONDAMENTO DEL DIVIETO DI P.M.A. *POST MORTEM* E I POTENZIALI PROFILI D'INCOMPATIBILITÀ CON LA COSTITUZIONE FRANCESE E CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.- XII. LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELL'ESPORTAZIONE ALL'ESTERO DEI GAMETI O DEGLI EMBRIONI PER L'ESECUZIONE DI UNA P.M.A. *POST MORTEM*.- XIII. LA QUESTIONE DELLO STATUS GIURIDICO DEL BAMBINO NATO DALLA P.M.A. *POST MORTEM*.- XIV. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA.- XV. REQUISITI LEGALI.- XVI. GLI EFFETTI SUCCESSORI: CONDIZIONE DI EREDE NECESSARIO DEL FIGLIO CONCEPITO *POST MORTEM* COME CONSEGUENZA DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EGUAGLIANZA.- XVII. L'IMPIANTO POSTUMO DI EMBRIONI.

I. PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ.

Le strategie di preservazione della fertilità includono sia procedure farmacologiche e/o chirurgiche finalizzate alla protezione delle gonadi in corso di terapie gonadotossiche, sia tecniche di laboratorio basate sulla preservazione di gameti o tessuti.

In tutti i pazienti in età riproduttiva con diagnosi di neoplasia maligna si rende necessaria un'adeguata informazione sul rischio di riduzione e/o perdita della fertilità in seguito alle terapie oncologiche e, ove applicabili, la messa in atto di interventi mirati alla preservazione della fertilità¹.

¹ Cfr. line guida per la preservazione della fertilità dell'Associazione Italiana di Oncologia Medica e dell'European Society of Human Reproduction and Embryology reperibili ai siti <https://www.aiom.it/wp->

- **Carlo Alviggi**

Professore associato, Università Federico II di Napoli. E-mail: carlo.alviggi@unina.it

- **Marika Ylenia Rovetto**

Medico-Chirurgo, Ginecologia e Ostetricia, Università Federico II di Napoli- E-mail: marika.rovetto@gmail.com

- **Oriana Clarizia**

Professoressa ordinaria, Università Federico II di Napoli. E-mail: oriana.clarizia@unina.it

- **Barbara Salvatore**

Professoressa associata, Università Federico II di Napoli. E-mail: barbara.salvatore@unina.it

- **Letizia Coppo**

Professoressa associata, Université Catholique de Lyon. E-mail : lcoppo@univ-catholyon.fr

- **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia. E-mail: j.ramon.de-verda@ue.es

Nelle donne dopo i trattamenti chemio e/o radioterapici, esiste il rischio di confrontarsi con una condizione di sterilità, con una probabilità che va dal 20 al 60% e che varia in relazione al tipo di chemioterapia, alla dose, ai tempi di somministrazione degli approcci radio-chemioterapici, all'età e alla riserva follicolare della paziente. I criteri di eleggibilità per la preservazione della fertilità nelle pazienti oncologiche sono i seguenti: età inferiore a 35 anni, che può estendersi fino ai 37 anni in base alla riserva follicolare della paziente; nessuna precedente chemio-radioterapia; possibilità di sopravvivenza maggiore di 5 anni; nessuna malattia disseminata; alto rischio di insufficienza ovarica precoce (>50%); nessuna precedente gravidanza; nessuna controindicazione chirurgica².

In Italia, anche in caso condizioni e/o patologie benigne in grado di minare direttamente e/o indirettamente (eventuali terapie gonadotossiche) il potenziale riproduttivo è possibile attuare procedure di preservazione della fertilità. In tale contesto vanno menzionate le patologie ginecologiche non oncologiche (neoplasie ovariche benigne, endometriosi etc.), le condizioni associate ad un rischio di insufficienza ovarica prematura (POI) e le malattie cronic-degenerative, ivi incluse le patologie a carattere autoimmune (sclerosi multipla, lupus eritematoso sistemico etc.).

Attualmente la preservazione della fertilità non è riservata solo alle donne a rischio di una perdita prematura (spontanea o iatrogena) della fertilità ma è disponibile anche per quelle donne che vogliono proteggere il loro potenziale riproduttivo dall'azione del tempo. Il *Social Freezing* rappresenta una misura preventiva per chi vuole posporre il concepimento, ma non possono essere offerte garanzie di successo³. Gli specialisti della fertilità hanno il compito di informare le donne che la loro maggiore *chance* di avere un figlio risiede nella riproduzione naturale cercata in età riproduttiva adeguata. Tale procedura può essere offerta a donne di età compresa tra i 32 e i 37 anni. Donne di età superiore a 37 anni devono essere preliminarmente valutate sulla base della loro riserva ovarica per giustificare l'accesso a questa procedura. Generalmente sono previsti non più di 4 cicli di stimolazione ovarica al fine di ottenere un minimo 8-10 ovociti per avere buone possibilità di ottenere una gravidanza⁴.

content/uploads/2020/10/2020_LG_AIOM_Preserv_fertil.pdf e <https://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/Guidelines/Female-fertility-preservation>.

- 2 WALLACE, W. H., SMITH, A. G., KELSEY, T. W., EDGAR, A. E., & ANDERSON, R. A.: "Fertility preservation for girls and young women with cancer: population-based validation of criteria for ovarian tissue cryopreservation", *The Lancet. Oncology*, 2014, pp. 1129-1136.
- 3 Cfr. line guida per la preservazione della fertilità dell'European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE Task Force on Ethics and Law, 2012).
- 4 VARLAS, V. N., BORS, R. G., ALBU, D., PENES, O. N., NASUI, B. A., MEHEDINTU, C., & POP, A. L.: "Social Freezing: Pressing Pause on Fertility", *International journal of environmental research and public health*, 2021, p. 8088.

In Italia la preservazione della fertilità è a carico del S.S.N. (Sistema Sanitario Nazionale) in pazienti oncologici e, in alcune regioni, anche in pazienti con malattie croniche degenerative che possono compromettere la fertilità. Il *Social Freezing* resta una procedura a carico della paziente.

Delle procedure mirate alla preservazione della fertilità, quella maggiormente consolidata resta il congelamento embrionario⁵. Tale procedura si associa a tassi di gravidanza per trasferimento in utero che oscillano tra il 20 ed il 30% circa⁶. Essa, tuttavia, non è praticabile in Italia, ai fini di preservazione di fertilità ma solo all'interno di un ciclo fecondazione assistita ed entro i limiti previsti dalla legge n. 40 del 2004.

Tra le procedure consentite in Italia, ai fini della presente trattazione, ci soffermeremo soprattutto sulle procedure di laboratorio e, in particolare, sul congelamento di gameti e tessuti.

II. CONGELAMENTO DEGLI OVOCITI.

La procedura consiste in un prelievo transvaginale, in sedazione profonda e sotto guida ecografica, di ovociti che vengono congelati per poter essere successivamente utilizzati per procedure di fecondazione *in vitro* (FIV). Tale strategia è quella maggiormente in vigore ed è l'unica tra le tecnologie di laboratorio a non essere considerata sperimentale. Per effettuare la tecnica di congelamento degli ovociti è necessario effettuare una stimolazione ovarica controllata (COS) con assunzione di farmaci per via sottocutanea, quali gonadotropine ed antagonisti del GnRH, al fine di ottenere una crescita follicolare multipla. La paziente verrà sottoposta a monitoraggi ecografici e/o ormonali seriati, al fine di controllare la crescita follicolare.

La COS si associa ad un incremento transitorio dei livelli ematici di estrogeni. Tale incremento potrebbe peggiorare la prognosi di tumori ormono-dipendenti, quali il carcinoma della mammella e dell'endometrio. Esistono dei farmaci chiamati inibitori di aromatasi (letrozolo), che qualora somministrati in associazione alle gonadotropine, sono in grado di ridurre sensibilmente il suddetto rischio senza compromettere la qualità degli ovociti⁷. Gli studi clinici sino ad ora disponibili hanno

5 Practice Committees of American Society for Reproductive Medicine & Society for Assisted Reproductive Technology: "Mature oocyte cryopreservation: a guideline", *Fertility and sterility*, 2013, pp. 37-43.

6 TOMASI-CONT, N., LAMBERTINI, M., HULSBOSCH, S., PECCATORI, AF., AMANTET, F.: "Strategies for fertility preservation in young early breast cancer patients", *The Breast*, 2014, pp. 503-510.

7 OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation". *J Clin Oncol.*, 2005, pp. 4347-4353; REDDY, J., OKTAY, K.: "Ovarian stimulation and fertility preservation with the use of aromatase inhibitors in women with breast cancer", *Fertility and Sterility*, 2012, pp. 1363-1369.

evidenziato come la stimolazione ovarica associata a letrozolo, in donne affette da carcinoma mammario a differenti stadi, non modifichi il rischio di recidive nell'arco dei cinque anni successivi al trattamento, rispetto a pazienti affette dalla stessa patologia non trattate con ormoni⁸. La letteratura internazionale riporta per la procedura di congelamento ovocitario tassi di gravidanza per *transfer* dal 15% al 30% circa⁹. L'inizio della stimolazione può avvenire in qualsiasi fase del ciclo senza sostanziali differenze rispetto ai programmi di stimolazione standard¹⁰.

Va sottolineato come la prescrizione del letrozolo per la stimolazione ovarica sia da considerarsi *off label* (ossia non in allineamento con le indicazioni terapeutiche per le quali il farmaco risulta registrato). Tuttavia, diversi studi hanno escluso la possibilità per il letrozolo di essere dannoso per gli ovociti¹¹.

In Italia la crioconservazione ovocitaria può avvenire esclusivamente per spontanea volontà della paziente e al solo scopo del futuro uso personale con il proprio *partner* consenziente. È indispensabile un *counselling* approfondito, finalizzato a chiarire le normative vigenti in materia di crioconservazione dei gameti. In particolare, viene esplicitato che il materiale crioconservato è di esclusiva proprietà della paziente e che, di conseguenza, solo la stessa potrà esprimere in futuro richiesta di utilizzo o di consegna. Viene, inoltre, specificato che la legge non prevede la possibilità di fecondazione *post mortem*. Al completamento del *counselling* la paziente viene invitata alla sottoscrizione del consenso informato. In tale contesto la stessa è tenuta a dichiarare di aver chiaramente compreso che in caso di decesso o di futura rinuncia al mantenimento in banca del materiale conservato, il centro dovrà provvedere allo smaltimento dello stesso. Presso alcuni centri viene offerta, come alternativa allo smaltimento, la possibilità di una donazione degli ovociti e del tessuto ovarico a scopo di ricerca. In questo caso, la paziente dovrà indicare l'opzione preferita. Infine, viene specificata la finestra

- 8 KIM, J., TURAN, V., OKTAY, K.: "Long-Term Safety of Letrozole and Gonadotropin Stimulation for Fertility Preservation in Women With Breast Cancer", *J Clin Endocrinol Metab.*, 2016, pp. 1364-1371; GOLDRAT, O., VAN DEN STEEN, G., GONZALEZ-MERINO, E., DECHÈNE, J., GERVY, C., DELBAERE, A., DEVREKER, F., DE MAERTELAER, V., DEMESTERE, I.: "Letrozole-associated controlled ovarian hyperstimulation in breast cancer patients versus conventional controlled ovarian hyperstimulation in infertile patients: assessment of oocyte quality related biomarkers", *Reprod Biol Endocrinol.*, 2019, p. 17; BALKENENDE, EME., DAHHAN, T., BEERENDONK, CCM., FLEISCHER, K., STOOP, D., BOS, AME., LAMBALK, CB., SCHAT, R., SMEENK, JMJ., LOUWÉ, LA., CANTINEAU, AEP., DE BRUIN, JP., LINN, SC., VAN DER VEEN, F., VAN WELY, M., GODDIJN, M.: "Fertility preservation for women with breast cancer: a multicentre randomized controlled trial on various ovarian stimulation protocols", *Human Reproduction*, 2022, pp. 1786-1794. Si vedano, inoltre, i riferimenti contenuti nella nota precedente.
- 9 BORINI, A., CATTOLI, M., BULLETTI, C., COTICCHIO, G.: "Clinical efficiency of oocyte and embryo cryopreservation", *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2008, pp. 49-58.
- 10 Oktay, KH., Turan, V.: "Ovarian stimulation and oocyte cryopreservation in females with cancer", *Curr Opin Oncol.*, 2023, pp. 412-419.
- 11 SONMEZER, M., OKTAY, K.: "Fertility preservation in young women undergoing breast cancer therapy", *Oncologist.*, 2006, pp. 422-434; OKTAY, K., HARVEY, BE., PARTRIDGE, AH.: "Fertility Preservation in Patients With Cancer: ASCO Clinical Practice Guideline Update", *J Clin Oncol.*, 2018, pp. 1994-2001; OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation", cit.

temporale (in genere 1-2 anni) in cui il centro garantirà la conservazione del materiale. Entro tale termine la paziente si impegna al rinnovo della conservazione con scadenza annuale.

III. CONGELAMENTO DI TESSUTO OVARICO.

La tecnica prevede l'esecuzione di un intervento chirurgico in laparoscopia prima delle terapie adiuvanti (chemio e/o radio-terapie), atto a rimuovere un intero ovaio o parte di esso. È l'unica opzione disponibile per preservare la fertilità in età pre-pubere, in quanto a essere crioconservati sono principalmente i follicoli primordiali della corticale ovarica. Può essere effettuata in qualsiasi momento del ciclo mestruale, e permette quindi di evitare di ritardare l'inizio dei trattamenti chemioterapici. In seguito alla guarigione è possibile procedere ad un secondo intervento di auto-trapianto dei frammenti scongelati in sedi anatomiche prestabilite (ovaio controlaterale, peritoneo ecc.). Una volta osservata la ripresa funzionale del tessuto stesso è possibile intraprendere un percorso di concepimento spontaneo o con tecniche di riproduzione assistita. Sebbene i dati in letteratura siano incoraggianti, la procedura è da considerarsi ancora sperimentale e non è garantito l'attecchimento del tessuto reimpiantato, né l'ottenimento della gravidanza. Con tale metodica sono state riportate, al mondo, più di 100 gravidanze¹². Va precisato che la tecnica non esclude completamente il rischio di reintrodurre all'interno dell'organismo cellule tumorali presenti nel tessuto di origine¹³.

IV. PRELIEVO OVOCITI IMMaturi E CONGELAMENTO PREVIA MATURAZIONE OVOCITARIA "IN VITRO".

La crioconservazione di ovociti immaturi è una metodica ad oggi ancora sperimentale, che consiste nel prelievo di follicoli immaturi e della successiva maturazione *in vitro* degli ovociti (IVM)¹⁴. Tale metodica, al pari del congelamento del tessuto ovarico, consentirebbe di evitare la COS in presenza di tumori ormono-sensibili¹⁵. Inoltre, recenti studi, considerano possibile l'esecuzione del

12 WALLACE, W.H., KELSEY, T.W., ANDERSON, R.A.: "Fertility preservation in pre-pubertal girls with cancer: the role of ovarian tissue cryopreservation", *Fertility and Sterility*, 2016, pp. 6-12; JENSEN, A.K., KRISTENSEN, S.G., MACKLON, K.T., JEPPESEN, J.V., FEDDER, J., ERNST, E., ANDERSEN, C.Y.: "Outcomes of transplantations of cryopreserved ovarian tissue to 41 women in Denmark", *Hum Reprod.*, 2015, pp. 2838-2845.

13 POIROT, C., BRUGIERES, L., YAKOUBEN, K.: "Ovarian tissue cryopreservation for fertility preservation in 418 girls and adolescents up to 15 years of age facing highly gonadotoxic treatment. Twenty years of experience at a single center", *Acta Obstet Gynecol Scand.*, 2019, pp. 630-637.

14 OKTAY, K., BUYUK, E., RODRIGUEZ-WALLBERG, K.A., SAHIN, G.: "In vitro maturation improves oocyte or embryo cryopreservation outcome in breast cancer patients undergoing ovarian stimulation for fertility preservation", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 634-638; ELLENBOGEN, A., SHAVIT, T., SHALOM-PAZ, E.: "IVM results are comparable and may have advantages over standard IVF", *Facts Views Vis Obgyn.*, 2014, pp. 77-80.

15 GRYNBERG, M., HESTERS, L., BÉNARD, J., TRÉVES, R., FANCHIN, R., FRYDMAN, R., FRYDMAN, N.: "In vitro maturation of oocytes: an option for fertility preservation in women", *J Gynecol Obstet Biol Reprod.*, 2011, pp. 103-108; SHALOM-PAZ, E., ALMOG, B., SHEHATA, F., HUANG, J., HOLZER, H., CHIAN, R.C., SON, W.Y., TAN, S.L.: "Fertility

prelievo dei follicoli immaturi non solo nella classica fase follicolare precoce ma anche in fase luteale. Ciò risulta vantaggioso per quelle pazienti che debbano iniziare in tempi brevi la chemio-radio terapia antitumorale¹⁶. I tassi di gravidanza sono sovrapponibili alle procedure effettuate con ovociti congelati, anche se la maggior parte dei dati riguarda piccoli gruppi di pazienti non oncologiche¹⁷.

V. CRIOCONSERVAZIONE DEL SEME O DEL TESSUTO TESTICOLARE.

Negli uomini la crioconservazione del seme o del tessuto testicolare è una metodologia che permette di conservare i gameti maschili per un tempo indefinito e rappresenta un formidabile strumento per i pazienti che si sottopongono a trattamenti medici o chirurgici potenzialmente in grado di indurre sterilità o che per motivi di lavoro sono esposti a sostanze genotossiche. La Banca del Seme rappresenta, inoltre, un valido supporto per tutte quelle patologie urogenitali che necessitano di interventi chirurgici che alterano la funzione eiaculatoria, nonché per i pazienti affetti da azoospermia secretoria o escretoria per i quali è possibile crioconservare il tessuto testicolare.

La crioconservazione del seme consiste nel conservare gli spermatozoi ad una temperatura molto bassa. Ciò avviene attraverso l'utilizzo di terreni di crioconservazione (*Yolk Buffer*) costituiti da specifiche sostanze che hanno lo scopo di preservare lo spermatozoo dai possibili danni indotti dalle basse temperature di conservazione¹⁸.

In pazienti con diagnosi di azoospermia, gli spermatozoi possono essere ottenuti attraverso estrazione di spermatozoi dal testicolo mediante biopsia (TESE) o aspirazione di spermatozoi dall'epididimo mediante microchirurgia (MESA)¹⁹. Con questa procedura, gli spermatozoi recuperati possono essere conservati e successivamente utilizzati per tecniche di fecondazione *in vitro* o iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi (ICSI)²⁰.

preservation for breast-cancer patients using IVM followed by oocyte or embryo vitrification”, *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 566-571.

- 16 MAMAN, E., MEIROW, D., BRENGAUZ, M., RAANANI, H., DOR, J., HOURVITZ, A.: “Luteal phase oocyte retrieval and in vitro maturation is an optional procedure for urgent fertility preservation”, *Fertility and Sterility*, 2011, pp. 64-67.
- 17 LI, H., ZHAO, Y.: “The Improvement and Clinical Application of Human Oocyte In Vitro Maturation (IVM)”, *Reprod Sci.*, 2021, pp. 613-3; DE VOS, M., SMITZ, J., THOMPSON, J.G., GILCHRIST, R.B.: “The definition of IVM is clear-variations need defining”, *Hum Reprod.*, 2016, pp. 2411-2415.
- 18 MORTIMER, D.: “Current and future concepts and practices in human sperm cryobanking”, *Reproductive biomedicine online*, 2004, pp. 134-151.
- 19 HEZAVEHEI, M., SHARAFI, M., KOUCHESFAHANI, H. M., HENKEL, R., AGARWAL, A., ESMAELI, V., SHAHVERDI, A.: “Sperm cryopreservation: A review on current molecular cryobiology and advanced approaches”, *Reproductive biomedicine online*, 2018, pp. 327-339.
- 20 GORDON, U.D.: “Assisted conception in the azoospermic male”, *Human Fertility*, 2002, pp. 9-14.

Le principali indicazioni alla crioconservazione omologa del seme e del tessuto testicolare sono le seguenti: pazienti affetti da patologie neoplastiche o autoimmuni che si sottopongono a terapie in grado di causare sterilità transitoria o permanente; pazienti affetti da patologie urologiche che si devono sottoporre ad interventi chirurgici in grado di alterare i meccanismi dell'eiaculazione; pazienti che si sottopongono a vasectomia; pazienti con lesioni del midollo spinale; pazienti inseriti in programmi di fecondazione assistita.

La crioconservazione del liquido seminale può avvenire esclusivamente per spontanea volontà del soggetto che effettua il deposito ed al solo scopo del futuro uso personale sulla propria *partner* consenziente. È indispensabile far sottoscrivere al paziente un consenso informato in cui sia precisato il periodo di scadenza al termine del quale il paziente, se lo desidera, deve rinnovare il deposito. Il seme crioconservato è di proprietà esclusiva di colui che deposita e può essere richiesto e ritirato solo dal legittimo proprietario. Anche per il liquido seminale si adottano le stesse disposizioni valide per la crioconservazione ovcitaria in merito alla proroga o all'interruzione della conservazione e alle opzioni perseguibili dal centro in caso di decesso.

VI. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA.

Il tema, denominato “procreazione *post mortem*”, fa riferimento all'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) dopo il decesso del genitore²¹.

La locuzione “fecondazione *post mortem*” riguarda, tuttavia, più fattispecie, tra loro eterogenee, che si distinguono a seconda del momento in cui, all'interno del complesso *iter* procreativo, avvenga il decesso; fattispecie di cui andranno analizzate le singole caratteristiche in ragione degli interessi concretamente coinvolti.

La legislazione che in Italia ha inteso disciplinare l'ammissibilità delle tecniche di p.m.a. (l. 40/2004) non prevede espressamente tale ipotesi ma – almeno

21 In tema di procreazione medicalmente assistita *post mortem* si veda FACCIOLI, M.: “La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004”, *Riv. Biod.*, 2021, p. 27; GIUNCHEDI, D.: “La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*”, *Fam e dir.*, 2020, p. 39; BARONE, I.: “Procreazione *post mortem* e *status filiationis*”, *Fam. e dir.*, 2020, p. 950; MENDOLA, A.: “Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita *post mortem*”, *Riv. it. medicina legale*, 2019, p. 1614; DE ROSA, R. E.: “La procreazione medicalmente assistita *post mortem*. Un confronto italo-spagnolo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 576; D'ALESSANDRO, V.: “Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status del nato*”, *Dir. success. e fam.*, 2020, p. 654; LOCATELLO, D. M.: “L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*”, *Corr. giur.*, 2020, p. 758; VALONGO, A.: “Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*”, *Dir. success. e fam.*, 2019, p. 525; MORACE PINELLI, A.: “La filiazione da pma e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione *post mortem*”, *Foro it.*, 2019, I, p. 3352; SCALERA, A.: “Sulla legittimità dell'impianto *post mortem* di embrioni crioconservati”, *Fam. e dir.*, 2015, p. 489.

con riferimento alla seconda modalità riproduttiva che vedremo – essa deve considerarsi vietata alla luce delle considerazioni che si svolgeranno.

Come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale, la procreazione medicalmente assistita, in quanto tecnica terapeutica, è tesa a risolvere problemi di sterilità o infertilità della coppia; essa è governata dal principio di gradualità delle tecniche e costituisce una “*extrema ratio*”, ossia viene impiegata quando altre opzioni terapeutiche non possono essere praticate²².

In questa prospettiva è opportuno chiarire come la finalità della legge non corrisponda alla realizzazione *tout court* del desiderio di genitorialità individuale ma alla risoluzione di un problema riproduttivo della coppia²³. Il percorso procreativo attuato attraverso tecniche mediche e di laboratorio, quindi, deve corrispondere, secondo l'intenzione del legislatore e per quanto possibile, a ciò che avviene attraverso un concepimento naturale²⁴.

La normativa italiana in tema di procreazione medicalmente assistita prevede, infatti, precisi requisiti soggettivi necessari per l'accesso alla tecnica da parte di una coppia. L'art. 5 della legge n. 40 del 2004 stabilisce che l'uomo e la donna siano “maggiorescenti, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi”.

La previsione è anche rafforzata, all' art. 12, comma 2, dalla irrogazione di una sanzione amministrativa per “chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi”.

Occorre, tuttavia, sottolineare come la legge non precisi il momento in cui, all'interno del complesso *iter* di procreazione, debbano ricorrere i requisiti soggettivi previsti, lasciando questo compito all'interprete, al quale spetta ricostruire se essi debbano sussistere al momento del consenso alla tecnica, al momento della fecondazione dell'ovulo o durante tutto l'*iter* procedurale e, quindi, anche al momento del trasferimento in utero dell'embrione²⁵.

22 In questo senso depono la normativa ed in particolare l'art. 1, comma 2, il quale prevede: “il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”.

23 Sulla non configurabilità di un diritto alla genitorialità si vedano le riflessioni di RECINTO, G.: “La Consulta e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla p.m.a.: non sussiste un diritto assoluto alla genitorialità”, *giustiziacivile.com*, editoriale del 6 novembre 2019; Id.: “Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”, *Dir. rel.*, 2019, pp. 560 ss.; Id.: “Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite”, cit., pp. 430 ss.

24 Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss., con nota di RECINTO, G.: “La legittimità del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA: la consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.

25 Cfr. Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Fam. dir.*, 2020, p. 27, con nota di GIUNCHEDI, D.: “La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*”.

Nella fecondazione in vitro, a differenza di quanto avviene nella fecondazione naturale o in vivo, la prestazione del consenso segna l'avvio della tecnica che consisterà nel prelievo dei gameti (maschile e femminile), cui seguirà il loro utilizzo per la fecondazione e la creazione dell'embrione e, successivamente, con il *trasfer* uterino potrà eventualmente realizzarsi l'instaurazione della gravidanza.

La procedura così sommariamente descritta, nell'intenzione del legislatore del 2004, doveva avvenire secondo una sequenza temporale molto limitata. Oggi, invece, sia all'esito degli interventi della Corte Costituzionale²⁶ che in ragione dello sviluppo di tecniche di crioconservazione di ovuli, sperma ed embrioni, essa si arricchisce di ulteriori e più complesse fasi che possono determinare il trascorrere, anche lungo, di tempo.

La possibilità che, pertanto, durante questo *iter* possano verificarsi eventi sopraggiunti e tragici, come la morte, interroga l'interprete circa la ammissibilità e liceità dell'eventuale prosecuzione del trattamento.

Come anticipato, nella locuzione *procreazione post mortem* possiamo individuare due diverse fattispecie²⁷ che devono essere separatamente analizzate in ossequio alle singole peculiarità. Occorre, infatti, differenziare il caso in cui il decesso intervenga dopo la fecondazione dell'ovulo, avvenuta in laboratorio, dalle ipotesi in cui al momento del decesso la fecondazione non sia ancora avvenuta.

La prima ipotesi, quindi, riguarderà la richiesta di prosecuzione di un trattamento di p.m.a. da parte di un membro della coppia dopo il decesso dell'altro. In particolare, la richiesta, generalmente fatta dalla donna, avrà ad oggetto il trasferimento di

26 Nella sua impostazione originaria, la legge prevedeva, nell'impossibilità di produrre un numero di embrioni superiore a tre, la necessità di un unico e contemporaneo impianto nonché il divieto di crioconservazione per gli embrioni prodotti. Con la sentenza della Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 475 ss. con nota di VILLANI, R.: "Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04", il giudice delle leggi ha eliminato il limite previsto originariamente di tre embrioni e la necessità di un unico e contemporaneo trasferimento in utero degli embrioni prodotti, con ciò sostanzialmente ammettendo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari; con la sentenza Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, *Foro it.*, 2015, I, p. 2250 con nota di CASABURI, G.: "La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita", la Corte ha consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, con la conseguente legittimazione della diagnosi genetica preimpianto e la crioconservazione; con la sentenza Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss. con nota di CHIEFFI L.: "L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto", la Corte ha abrogato il divieto di crioconservazione consentendo la condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche.

27 Differente è l'ipotesi del prelievo *post mortem* dei gameti da cadavere. Per una pronuncia recente si veda Corte Suprema australiana del 21 dicembre 2023, in <https://ecourts.justice.wa.gov.au/eCourtsPortal>, la quale ha autorizzato il prelievo del liquido seminale da cadavere ai sensi dell'art. 22 dello Human Tissue and Transplant Act del 1982 (VWA) ancorché fosse chiaro l'intento della vedova di recarsi all'estero per effettuare una pratica di surrogazione di maternità. Nella giurisprudenza italiana si veda il caso del prelievo da soggetto in stato vegetativo permanente: Trib. di Vigevano 3 giugno 2009, *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 1847 ss. Sul tema, cfr. GIAMO, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 855.

un embrione già precedentemente formato e crioconservato. Mentre la seconda ipotesi riguarderà la richiesta di utilizzazione del gamete maschile o femminile in precedenza crioconservato per la fecondazione.

VII. PRIMA IPOTESI: L'IMPIANTO POST MORTEM DI EMBRIONE.

Nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un ciclo di fecondazione, la coppia, per ragioni differenti, decida di crioconservare uno o più embrioni per un ulteriore o comunque futuro impianto, una prima impostazione, sulla base dell'interpretazione degli artt. 5 e 12 della l. n. 40, considera, in ragione dell'unità della procedura, il divieto operante per tutte le ipotesi di procreazione *post mortem*.

In questo senso deporrebbe la necessità che il consenso dell'uomo e della donna sia espresso, attuale e consapevole in ogni fase di applicazione delle tecniche di p.m.a., come previsto dall'art. 6 comma 1 della l. n. 40 del 2004²⁸ e dalla l. n. 219 del 2017 in tema di consenso al trattamento medico²⁹.

Tuttavia, secondo un diverso e maggioritario orientamento³⁰, nel caso di decesso dell'uomo, il divieto di fecondazione *post mortem* (desumibile dall'art. 5,

28 Trib. Bologna 21 maggio 2014, *de jure*, in cui il giudice "non rinviene una chiara, espressa, formale ed attuale volontà della coppia (...) di ricorrere alla p.m.a. come invece richiesto dalla l. n. 40/2004, dovendovi valutare l'attualità con riferimento al momento in cui entrambi i soggetti, coniugi o conviventi, esprimono per iscritto e congiuntamente la volontà consapevole (anche delle implicazioni giuridiche) di accedere alle tecniche di p.m.a. (art. 6, 5°co., da leggere anche in collegamento con quanto previsto dal 1° co.): la signora WW., infatti, ha chiesto l'applicazione della tecnica (più precisamente: l'impianto in utero degli embrioni prodotti sedici anni prima) solo dopo la morte del marito". Secondo l'impostazione del giudice il passaggio di un così lungo lasso temporale deve indurre a ritenere concluso ed esaurito l'iter terapeutico che la coppia aveva affrontato senza successo e che aveva portato alla creazione degli embrioni poi crioconservati. "La richiesta di trasferimento degli embrioni fatta dalla signora WW. dopo la morte del marito non è mero svolgimento della decisione maturata dalla coppia nel 1996 né può considerarsi completamente o fase conclusiva del procedimento finalizzato alla realizzazione della gravidanza promosso in quel lontano anno".

29 L'art. 1, comma 5, della l. n. 219, specifica che ogni persona ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Cfr. DE MARZIO, G.: "Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", *Foro it.*, 2018, V, c. 137; BIANCA, M.: "La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Famiglia*, 2018, p. 109; RODOLFI, M., CASONATO, C., PENASA, S.: "Consenso informato e Dat: tutte le novità", *Civilista*, 2018; BLANDINI, G.: "Prime riflessioni a margine della legge 219/2017", *BioLaw J.*, 2018, p. 56; CARUSI, D.: "La legge sul "biotestamento" una luce e molte ombre", *Corr. giur.*, 2018, p. 293; CANESTRARI, S.: "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona", *Corr. giur.*, 2018, p. 301; ZATTI, P.: "Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 247; AZZALINI, M.: "Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia?", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8; CLARIZIA, R.: "Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947; CORDIANO, A.: "Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 411; DELLE MONACHE, S.: "La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici", *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 997; FOGLIA, M.: (a cura di) *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019; CARUSI, D.: *La legge sul biotestamento: una pagina di storia italiana*, Torino, 2020; A. URCIUOLI, A.: *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021.

30 Cfr. Trib. Palermo 8 gennaio 1999, *Foro it.*, 1999, p. 1653, con nota di NIVARRA, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente"; Trib. Bologna 16 gennaio 2015, *Fam. e dir.*, 2015, p. 488, con nota di SCALERA, A.: "Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati", pronunciatosi

requisiti di accesso e dall'art 12, sanzioni) va coordinato con la disposizione sancita dall'art. 6, comma 3, che prevede l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione. Tale norma prevede un termine per la possibilità di revocare il consenso prestato che coincide con la fecondazione dell'ovulo e con la conseguente formazione dell'embrione. Questo segnerebbe il momento in cui è necessaria la persistenza dei requisiti soggettivi ex art. 5 e, quindi, l'esistenza in vita dei soggetti³¹.

Il consenso prestato dalla coppia determina, difatti, anche lo *status* genitoriale e deve, in questa prospettiva, qualificarsi quale atto di volontà e di assunzione di responsabilità nei confronti del legame genitoriale che della fecondazione è conseguenza³². L'art. 8 della l. n. 40 recita, infatti: «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo *status* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6»³³.

Questa impostazione è, peraltro, avvalorata dalla previsione contenuta nelle linee guida attuative della l. n. 40, le quali, riproducendo sul punto le precedenti, stabiliscono il diritto della donna di ottenere *sempre* il trasferimento in utero degli embrioni prodotti³⁴.

La creazione dell'embrione segna, quindi, nell'ottica legislativa un punto di svolta nel percorso procreativo, poiché è da questo momento che la fusione dei gameti determina l'inizio di una nuova, possibile vita che necessita di riconoscimento e tutela. La presenza dell'embrione, proprio in quanto espressione di vita, determina la sua necessaria destinazione alla nascita³⁵.

in sede di merito nella vicenda analizzata dal Trib. di Bologna 21 maggio 2014, cit., ha ritenuto, sulla base della previsione contenuta nelle linee guida d.m. 21 luglio 2004 e d.m. 11 aprile 2008, che la procedura di fecondazione assistita iniziata nel 1996 non fosse ancora conclusa e ha legittimato la donna ad ottenere il trasferimento in utero degli embrioni criocongelati. Cfr. D'ALOJA, A. E TORRETTA, P.: "La procreazione come diritto della persona", in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, (diretto da P. ZATTI e S. RODOTÀ), Milano, 2011, p. 1353; FACCIOLI, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Dig. Civ., Agg.*, III, 2, Torino, 2007, pp. 1051 ss.

- 31 Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, la quale ha escluso la illegittimità costituzionale dell'art 6, comma 3, in tema di irrevocabilità del consenso. Sul punto sia consentito il rinvio a SALVATORE, B.: "(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Dir. succ. fam.*, 2023, n. 3, p. 999.
- 32 Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., ove la Corte ribadisce che «la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa» ex artt. 8 e 9 l. n. 40/2004; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, *Fam dir.*, 2020, p. 325, con nota di SESTA, M.: "L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri"; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, *Onelegale online*.
- 33 Si veda FERRANDO, G.: *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, pp. 121 e 373 ss.
- 34 Il Decreto del Ministero della salute 1 luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, prevede che "la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati. Tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri".
- 35 La l. n. 40/2004, come noto, in apertura (art. 1) stabilisce che la disciplina in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita è tesa ad "assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". La formulazione della legge, pur nella sua linearità, non ha, tuttavia, mancato di sollevare questioni interpretative legate alla soggettività del concepito. In argomento LIPARI, N.: "Legge sulla procreazione

Secondo questa prospettiva interpretativa, la fecondazione, anche se avvenuta in vitro, è da assimilarsi al concepimento e, pertanto, in caso di decesso del padre, la situazione non dovrebbe trovare differenze rispetto a chi, purtroppo, rimanga orfano durante la gravidanza³⁶.

L'interesse alla doppia figura genitoriale espresso negli art. 29 e 30 della Costituzione, di cui il bambino sarebbe privato con la nascita postuma, non esclude, infatti, che il contesto monogenitoriale possa essere anch'esso idoneo alla tutela del *best interest of the child*³⁷.

In questa prospettiva l'interesse alla bigenitorialità dovrebbe essere recessivo rispetto all'interesse alla vita che l'embrione esprime, nonché al diritto della madre alla tutela della propria salute e integrità psicofisica³⁸.

assistita e tecnica legislativa", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 517 ss.; BUSNELLI, F.D.: "Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività", *Dir. umani*, 2007, pp. 245 ss.; Id.: "Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 185 ss.; SCALISI, V.: "Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita", *Fam. dir.*, 2005, pp. 203 ss.; BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bio. sc. giur.*, IX, Napoli, 2015, pp. 136 ss.; GAZZONI, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 168 ss.; ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149; MAZZONI, C.M.: "La tutela reale dell'embrione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 457 ss.; CASINI, C.: "La capacità giuridica del concepito", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 282 ss.; TOSCANO, G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 653; CABITZA, M.G.: "Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico", *Dir. fam. pers.*, p. 620; SCHLESINGER, P.: "Il concepito e l'inizio della persona", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 247 ss.; SENIGAGLIA, R.: "Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554.

Riconosce la soggettività giuridica in favore del concepito Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258, con nota di CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Dir. fam. pers.*, pp. 1159 ss., con nota di BALLARANI, G.: "La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»"; sia consentito il rinvio a SALVATORE, B.: "Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita", *Dir. giur.*, 2009, pp. 449 ss.; cfr. BARONE, I.: "Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari", cit., p. 1445, ove l'A. sottolinea che: "La qualificazione del concepito come soggetto giuridico non può infatti ritenersi di per sé dirimente al fine di risolvere il quesito se il concepito sia o non sia persona, non potendosi in alcun modo ritenere quest'ultimo preliminare e decisivo poiché non condiziona la verifica della rilevanza e neanche di una tutela riferita allo stesso concepito".

36 OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 104 ss.

37 Cfr. art. 25, comma 4, della legge 184 del 1983 a norma del quale se uno dei coniugi muore durante l'affidamento preadottivo, l'adozione può essere ugualmente disposta ad istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte.

38 Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit. Cfr. PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative" in AA.VV., *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. FERRANDO), p. 141; ZATTI, P.: "Interesse del minore e "doppia figura genitoriale", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp. 84 ss. Cfr. Tribunale di Palermo, 8 gennaio 1999, cit., il quale sottolineò che l'interesse del nascituro ex art. 30 Cost ad essere educato, istruito assistito da entrambi i genitori nella prospettiva di un armonioso e completo sviluppo della propria personalità non potrebbe prevalere rispetto all'interesse alla vita dell'embrione e al diritto del genitore superstite a non vedere interrompere il processo, legato alla tecnica di p.m.a., che potrebbe portarlo a divenire genitore. La Corte ebbe a precisare allora che "impedendo alla donna di portare a maturazione mediante gestazione all'interno del proprio corpo quell'embrione che, seppur concepito "in provetta" con l'assistenza medica, costituisce comunque "frutto naturale" e perciò parte integrante della madre (mutuando la disciplina dell'art. 820 c.c.), si violerebbe infatti il diritto all'integrità personale". Sul punto più di recente Corte cost., 24 luglio 2023, n. 16, cit.

Differente soluzione ermeneutica riguarda l'ipotesi in cui, dopo il decesso dell'uomo, la donna richieda l'utilizzo dei gameti maschili crioconservati per la fecondazione.

Di fatti, la possibilità che il procedimento riproduttivo si articoli in fasi che si svolgono dopo la morte di uno dei componenti della coppia riguarda, come detto in apertura del presente scritto, l'ipotesi di crioconservazione non soltanto di embrioni ma anche di gameti maschili e femminili, quale tecnica consentita dall'art. 14, comma 8, l. 40/2004.

Il tema assume particolare importanza specie in ragione del fatto che l'eventuale ricorso a tecniche di fecondazione *in vitro* e di crioconservazione³⁹ allungano notevolmente i tempi del percorso procreativo e l'eventualità che, nell'avvicinarsi delle diverse fasi, si verifichi il decesso di uno dei genitori non è, purtroppo, così remota. Ciò, peraltro, in considerazione dell'accesso alle tecniche di crioconservazione dei gameti soprattutto da parte di persone costrette a sottoporsi a cure (specie chemioterapiche) che possono compromettere la futura fertilità, come evidenziato in apertura.

VIII. SECONDA IPOTESI: UTILIZZO CON FINALITÀ PROCREATIVA POST MORTEM DI GAMETI MASCHILI PRELEVATI PRIMA DEL DECESSO DELL'UOMO.

La seconda ipotesi di fecondazione *post mortem* si basa sull'impiego, a fini procreativi, di gameti maschili prelevati e crioconservati prima del decesso dell'uomo ma utilizzati per la fecondazione dopo la sua morte⁴⁰. Come innanzi precisato, il quadro legislativo, all'art. 5 della l. 40/2004, consente l'accesso alla procreazione assistita soltanto a coppie di soggetti «entrambi viventi». Al contempo, l'art. 12, comma 2, della medesima legge, sancisce una sanzione amministrativa pecuniaria per chiunque applichi tecniche di fecondazione assistita, in violazione dell'art. 5, a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi.

La reticenza del menzionato art. 5, che non chiarisce fino a quale momento o fase del procedimento riproduttivo sia richiesto il requisito soggettivo dell'esistenza

39 Sui requisiti e sulle condizioni LASSO, A., *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024.

40 Non è in questa sede affrontata la diversa ipotesi concernente l'utilizzo di ovociti femminili dopo la morte della donna, integrando, questa fattispecie, un'ipotesi di maternità surrogata, punita ex art. 12, comma 6, l. 40/2004. Sul tema, NADDEO, F.: "Accesso alle tecniche", *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE), Milano, 2004, p. 82; SALANITRO, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Famiglia*, 2004, I, pp. 489 ss.; ID.: "Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 85 ss.; ID.: voce "Procreazione medicalmente assistita (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, Milano, 2022, pp. 1015 ss.; FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. 40/2004", cit., p. I ss.

in vita, induce l'interprete a interrogarsi sulla liceità della procreazione *post mortem* articolata nella modalità dell'utilizzo di gameti maschili dopo il decesso dell'uomo. Dottrina⁴¹ e giurisprudenza prevalenti, a differenza di quanto visto per la prima fattispecie (*id est* impianto *post mortem* di embrioni crioconservati), considerano vietata la predetta tecnica riproduttiva. Le motivazioni a sostegno della sua illiceità, pur articolate secondo contenuti e argomenti diversi, sono accomunate dalla necessità di garantire preminenza alla tutela dell'interesse del nato. In particolare, non registrandosi bisogni legati alla tutela dell'aspettativa alla vita dell'embrione, non essendo quest'ultimo ancora formato, valore decisivo si riconosce al diritto del minore a poter crescere, essere mantenuto, educato ed istruito in una famiglia costituita dalla doppia figura genitoriale, leso nella ipotesi qui descritta poiché, sin dal momento della fecondazione dei gameti, è certa – stante l'avvenuto decesso del genitore – l'assenza della figura paterna. “L'interesse alla bigenitorialità” – pertanto – è “dal legislatore ritenuto superiore rispetto all'interesse dell'uomo a lasciare una 'traccia biologica' di sé dopo il decesso e a quello della donna a generare un figlio nonostante la scomparsa del proprio compagno”⁴².

Siffatto esito interpretativo – contrario all'ammissibilità della procreazione *post mortem* – non pone problemi di coordinamento con l'art. 6, comma 3, l. 40/2004, generalmente interpretato nel senso di considerare ostativi al prosieguo della vicenda riproduttiva soltanto gli avvenimenti che incidono sul consenso inizialmente prestato, causandone il venir meno – noto, in questa prospettiva, è il dibattito sulla crisi familiare, la separazione e il divorzio quali avvenimenti preclusivi della prosecuzione dell'applicazione delle tecniche di PMA⁴³ – e che, come il decesso dell'uomo per la nostra ipotesi, si collocano in una dimensione temporale antecedente alla fecondazione dell'ovulo.

In linea con tale quadro ricostruttivo si pone prevalentemente la giurisprudenza di merito⁴⁴, la quale si è occupata di tali aspetti allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla richiesta, ex art. 700 c.p.c., solitamente della moglie-vedova, tesa ad ottenere la restituzione del liquido seminale crioconservato del marito premorto da parte della struttura medica presso la quale era depositato, allo scopo – implicito o espresso – di poter proseguire il percorso riproduttivo dopo la morte dell'uomo, evidentemente recandosi in uno dei Paesi nei quali

41 Cfr., tuttavia, la posizione di VALONGO, A.: “Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*”, cit., pp. 525 ss.

42 FACCIOLI, M.: “La condizione giuridica del soggetto nato da procreazioni assistite *post mortem*”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 6, pp. 1282-ss.

43 Sulla infondatezza della questione di legittimità costituzionale e sulla operatività dell'art. 6, comma 3, l. 40/2004, Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1269, con commento di QUADRI, E.: “Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, pp. 1353 ss., e di SALVATORE, B.: “(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, cit.

44 Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Roma, 19 novembre 2018, consultabile sulla banca dati *dejure online*. In diversa direzione Trib. Roma, 8 maggio 2019, su *dejure online*.

tale tecnica di riproduzione è consentita. In ragione del divieto di procreazione *post mortem* desumibile dall'art. 5, l. 40/2004, i giudici rigettano simili domande, precisando altresí che le richieste di restituzione del liquido seminale basate su una «condotta 'neutra'», ossia non supportata da una espressa finalità, non sono ammissibili in quanto «in un quadro normativo caratterizzato da un elevato grado di procedimentalizzazione e di controllo, la finalità per cui la consegna dei gameti viene richiesta deve essere esplicitata al fine di valutare il rispetto dei limiti e dei vincoli posti dalle norme imperative e la conformità alla destinazione indicata dall'interessato nell'atto di consenso informato»⁴⁵.

Il tema è di evidente attualità e uno sguardo oltreoceano prospetta scenari preoccupanti: si pensi alla vicenda sottesa ad una recente pronuncia della Corte Suprema Australiana⁴⁶, nella quale a chiedere il prelievo del liquido seminale dal corpo del marito ormai deceduto è una vedova ormai molto avanti con gli anni (61 anni), evidentemente mossa dal desiderio di poter effettuare all'estero una maternità surrogata. La Corte, sulla base della legge sui tessuti e i trapianti umani (22 of the Human Tissue and Transplant Act 1982), vigente in quel sistema giuridico, autorizza il prelievo degli spermatozoi e dei tessuti vietandone però ogni tipo di utilizzo in assenza di una specifica ordinanza dello stesso giudice.

Ritornando al quadro legislativo nazionale, la l. 40/2004, nell'attribuire centralità alla tutela del concepito e all'interesse del nato, segna una significativa differenza tra l'impianto postumo di embrione e l'utilizzo di gameti successivi al decesso dell'uomo dal quale sono prelevati, confermando nell'area della legalità soltanto la prima ipotesi e imponendo che la scelta di diventare genitore – quale espressione di un diritto personalissimo – sia effettuata nel pieno rispetto dei requisiti e delle modalità di esercizio sancite dagli artt. 5 e 6, l. 40/2004.

Se questo è l'attuale contesto normativo, non appare incongruo chiedersi se il divieto di fecondazione *post mortem* possa essere superato alla luce di un'interpretazione evolutiva della legge n. 40/2004. In tale direzione si muove la linea argomentativa seguita da una donna al fine di corroborare la sua richiesta di restituzione del liquido seminale crioconservato del marito deceduto: l'esigenza, secondo tale prospettiva ricostruttiva, è fornire una chiave di lettura della legge in materia di procreazione medicalmente assistita che “tenga conto del superamento, attraverso le sentenze di annullamento della Consulta, di alcuni dei limiti alla p.m.a. originariamente dettati dalla l. n. 40/2004, dell'affermazione normativa e giurisprudenziale del diritto della donna all'impianto dell'embrione anche dopo la morte del *partner*, dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di trasferimento del diritto sui gameti per successione ereditaria e di riconoscimento del diritto del

45 Trib. Modena, 8 maggio 2020, consultabile sulla banca dati *dejure online*.

46 Corte Suprema australiana del 21 dicembre 2023, cit.

nascituro, all'esito di una pma *post mortem* praticata all'estero, all'attribuzione del nome del padre defunto oltre che, più in generale, della legittimazione della pma *post mortem* in un Paese prossimo”.

La Corte di appello di Roma⁴⁷, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda – dopo aver richiamato gli argomenti della parte appellata sulla inesistenza di un diritto costituzionale a procreare e sui limiti alla configurabilità di un diritto alla genitorialità – rigetta la domanda, sottolineando che “il superamento di tale divieto potrebbe avvenire solo attraverso una sentenza di annullamento della Corte Costituzionale”, precisando, tuttavia, che la manifesta infondatezza di un'esplicita eccezione di incostituzionalità del divieto “sarebbe comunque desumibile dai precedenti pronunciamenti della Consulta e della Cedu in materia”.

IX. STATUS GIURIDICO DEL NATO E RISVOLTI SUCCESSORI.

Là dove la fecondazione *post mortem* sia effettuata all'estero, nel rispetto della legislazione vigente in quel Paese, nonché – ragionando sulla base di ipotesi più teoriche che di pratica realizzazione – allorquando la struttura sanitaria proceda nel percorso realizzativo della procreazione *post mortem*, in quanto non a conoscenza del decesso dell'uomo, all'attenzione del giurista si pongono significativi problemi sul piano applicativo, stante l'esigenza di chiarire se – nonostante la nascita a séguito del ricorso ad una tecnica vietata nel nostro ordinamento – possa considerarsi correttamente instaurato il rapporto di filiazione tra il nato e l'uomo defunto e quali siano i risvolti sul piano successorio⁴⁸.

A tale scopo, le categorie codicistiche⁴⁹ si mostrano poco adeguate: il paradigma normativo dettato dall'art. 232 c.c. sancisce che si presume concepito entro il matrimonio il figlio nato quando non siano ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tale fattispecie, applicata alla nostra ipotesi, può considerarsi integrata soltanto se la fecondazione dell'ovulo (e, dunque, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio.

⁴⁷ Corte d'Appello di Roma, IV Sez. civ., 2 dicembre 2022, consultabile su bdp.giustizia.it/login.

⁴⁸ Sul tema, CORDIANO, A.: “Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent”, *Italian law journal*, 2020, pp. 349 ss.; FAVILLI, C.: “Fecondazione *post mortem* e attribuzione dello stato di figlio”, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Milano, 2020, pp. 72 ss.

⁴⁹ Prima della entrata in vigore della l. 40/2004, sulla possibilità di riconoscere lo status di figlio legittimo, sulla base degli artt. 234 e 462 c.c., al nato a séguito di fecondazione *post mortem*, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, cit., con note di DOGLIOTTI, M.: “Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito”, *Fam. dir.*, 1999, . 52 ss., e di CASSANO, G.: “Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem”, *ivi*, pp. 384 ss.

In ragione delle differenze rispetto alla nozione di concepimento tradizionalmente intesa, coincidente con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, l'utilizzo del citato modello codicistico non consente di contemplare l'ipotesi nella quale, in ragione della conservazione del liquido seminale, la fecondazione dell'ovulo avvenga a distanza di molti anni dall'apertura della successione.

A fronte di ciò, una diversa posizione attribuisce al nato da procreazione *post mortem* lo stato di figlio nato nel matrimonio, se la coppia era coniugata, sulla base della centralità che il consenso – quale indice della volontà sia di sottoporsi ad un trattamento terapeutico sia di assumere la responsabilità genitoriale – ha nell'impianto normativo della l. 40/2004⁵⁰.

Si muove in questa direzione una importante sentenza della Corte di Cassazione⁵¹, chiamata a pronunciarsi non già sulla liceità o illiceità della predetta modalità riproduttiva ma sullo *status filiationis* da attribuire al nato in Italia a séguito del ricorso alla fecondazione *post mortem* effettuata dalla madre all'estero, dopo la morte del marito. Secondo la citata pronuncia, "laddove la procreazione comunque avvenga, lo *status filiationis* va determinato verificando solamente se effettivamente il coniuge o il convivente abbia prestato il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita anche solo mediante atti concludenti, e se tale consenso, integrato da quello riguardante anche la possibilità di utilizzo del proprio seme *post mortem*, sia effettivamente persistito fino al momento ultimo (nella specie, quello della morte del marito della odierna ricorrente) entro il quale lo stesso poteva essere revocato, non ravvisandosi valide ragioni per ritenere, al contrario, che il consenso peculiarmente espresso per un atto da compiersi dopo la morte perda efficacia al verificarsi di detto evento"⁵².

In entrambe le ipotesi di fecondazione *post mortem* descritte – basata su un impianto postumo di embrione oppure sull'utilizzo *post mortem* di gameti – le implicazioni sul piano successorio⁵³ appaiono di notevole interesse, stante il dato che – a séguito della crioconservazione – la nascita potrebbe avvenire a distanza di molto tempo dalla morte dell'uomo che ha prestato il consenso all'accesso alle tecniche procreative.

50 Sul punto QUADRI, R.: *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, *Dir. giur.*, 2004, p. 224 ss.

51 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1282 ss., con nota di FACCIOLI, M., "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*"; *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 654, con nota di D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e status del nato"; in *www.centrostudiliviatino.it*, con nota di BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem* nella sentenza della 1ª Sezione civile della Cassazione n.13000/2019"; in *www.juscivile.it*, con nota di PAGLIARO, A.: "L'accertamento dello status del figlio procreato *post mortem*".

52 Cass., 15 maggio 2019, n. 1300, punto 7.9 della motivazione in diritto, cit. *Contra* BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem*", cit.

53 Sul tema RIZZUTI, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 3, pp. 29 ss.

Problemi di non poco conto scaturiscono dall'interpretazione dell'art. 462 c.c., il quale considera capaci di succedere soltanto coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione, precisando, altresì, al comma 2, che si presume concepito al verificarsi di questo evento chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della successione di cui si tratta. In ragione del tenore letterale della norma e sulla base della logica tradizionalmente posta a suo fondamento, i diritti successori andrebbero riconosciuti soltanto a chi nasca da un embrione già impiantato nell'utero materno al momento della morte del padre, a meno che, sulla base di un'interpretazione più attenta alla specifica situazione contraddistinta dal ricorso a tecniche procreative artificiali, si interpreti in maniera più elastica la nozione di concepimento, consentendo l'applicazione di tale norma anche là dove, al momento della morte, ci sia stata la mera fecondazione dell'ovulo ma l'embrione non sia stato ancora impiantato. Diversamente, per le ipotesi di fecondazione *post mortem* di gameti potrebbe trovare applicazione soltanto l'art. 462, comma 3, c.c., il quale consente ai non concepiti di succedere soltanto in via testamentaria e purché figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, con conseguente disparità di trattamento, sul piano successorio, a seconda se la procreazione artificiale *post mortem* si articoli nell'ipotesi di impianto postumo di embrione oppure di impiego di gameti successivo alla morte.

In ragione di tale esito, si fa strada in dottrina⁵⁴ la posizione secondo la quale – come per l'attribuzione dello *status* di figlio – anche per la capacità a succedere occorre superare i limiti delle categorie codicistiche e, alla luce della centralità dell'elemento volontaristico espresso dal consenso all'accesso alle tecniche procreative, attribuire al nato i diritti successori rispetto al padre deceduto in tutte le ipotesi di fecondazione *post mortem*. Accogliendo tale linea ricostruttiva non si creerebbe alcuna frattura tra i criteri di attribuzione dello *status* di figlio e i diritti successori riconosciuti al nato, né si correrebbe il rischio – nell'ipotesi di nascita a seguito di utilizzo postumo di gameti e in assenza di disposizione testamentaria ex art. 462, comma 3, c.c. – che il nato, benché considerato figlio dell'uomo in ragione di quanto precisato dalla pronuncia della Cassazione 13000/2019 innanzi vista, non possa succedere rispetto al padre⁵⁵.

X. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE.

Nell'ordinamento francese, la disciplina della procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) è contenuta nella parte legislativa e nella parte regolamentare

54 In tale direzione D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., pp. 668-673; FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi", cit., spec. p. 13; PETTA, C.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem*, *status filiationis* e diritti successori", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 1035-1036.

55 Così D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 672.

del codice della salute pubblica (*code de la santé publique*), che è stato oggetto di numerose riforme, l'ultima delle quali intervenuta ad opera della legge sulla bioetica del 2021⁵⁶. La riforma in questione ha significativamente ampliato l'accesso alla p.m.a., tanto dal punto di vista oggettivo (il ricorso alla p.m.a. non è più subordinato ad esigenze mediche, ma alla semplice finalità di realizzare un progetto genitoriale) quanto dal punto di vista soggettivo (il ricorso alla p.m.a. è stato esteso anche alle donne non coniugate e alle coppie omosessuali di donne)⁵⁷. Ciò che, invece, la riforma ha lasciato impregiudicato (L. 2141-2 c.s.p.) è il divieto assoluto della p.m.a. *post mortem*, in vigore sin dal 1994.

Nel caso di morte di uno dei coniugi o conviventi, l'alternativa che si prospetta al coniuge o convivente superstite è quella tra la donazione dei gameti o degli embrioni agli altri soggetti che intendano fare ricorso alla p.m.a., la destinazione dei medesimi alla ricerca, oppure la distruzione. Il *code de la santé publique* prevede espressamente che la coppia sia informata della sorte degli embrioni nell'eventualità della morte di uno dei membri (art. L. 2141-10 c.p.s.) e che, in occasione della consultazione periodica della coppia da parte della struttura circa l'attualità del progetto genitoriale, questa possa esprimere la propria volontà scegliendo una delle soluzioni ammesse dalla legge (art. L. 2141-4 e L. 2141-5 c.p.s.).

Analogamente, il *code de la santé publique* prevede che chi ha provveduto all'autoconservazione dei propri gameti in vista di un trattamento sanitario rischioso per la fertilità possa scegliere, in forma scritta, per il caso del proprio decesso, se donare i gameti, destinarli alla ricerca o mettere fine alla loro conservazione (art. L. 2141-11 c.s.p.). In assenza di tale manifestazione di volontà, qualora il titolare dei gameti sia maggiorenne, la struttura provvede automaticamente all'interruzione della conservazione dei medesimi, qualora il titolare dei gameti sia minorenne, la struttura rimette agli esercenti la responsabilità genitoriale la scelta di destinare i gameti alla ricerca o interromperne la conservazione.

XI. IL FONDAMENTO DEL DIVIETO DI P.M.A. “POST MORTEM” E I POTENZIALI PROFILI D'INCOMPATIBILITÀ CON LA COSTITUZIONE FRANCESE E CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Sulla questione della compatibilità del divieto di p.m.a. *post mortem* con il diritto al rispetto della vita privata e familiare è stata recentemente chiamata a pronunciarsi la Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁸. La Corte – che, pur

56 Loi, 2 agosto 2021, no. 2021-1017 *relative à la bioéthique*, su cui v. 'Dossier thématique, Loi de bioéthique du 2 août 2021', *Journal de la Santé et de l'Assurance Maladie*, num. 32, maggio 2022.

57 V. GOUTTENNOIRE, A.: "L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi de bioéthique du 2 août 2021", *La semaine juridique*, 27 settembre 2021, num. 39, p. 975.

58 Corte EDU, 14 settembre 2023, no. 22296/20 e no. 37138/20, *Baret e Caballero c. Francia*, *Recueil Dalloz*, 2024, p. 146, con osservazioni di CAIRE, A.-B.: "La reviviscence européenne de la casuistique: la Cour de

avendo reso la decisione nel 2023, ha dovuto valutare il divieto nel quadro della legislazione previgente, in quanto i fatti di causa si riferivano ad un'epoca anteriore al 2021 – ha statuito nel senso della non violazione dell'art. 8 della Convenzione. Di fatto, la Corte si è limitata a rilevare, a supporto della decisione, che sulla p.m.a. *post mortem* manca un *consensus* a livello europeo, che dunque l'imposizione o meno del divieto rientra nel margine di discrezionalità degli Stati aderenti e che nel dettare la disciplina previgente il legislatore francese non ha oltrepassato tale margine, realizzando un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco.

Senonché, la Corte medesima si è premurata di dichiarare, in un *obiter dictum* dal valore verosimilmente prospettivo, che "l'apertura, a partire dal 2021, da parte del legislatore della p.m.a. alle coppie di donne e alle donne sole pone in nuova luce il problema della pertinenza della giustificazione del mantenimento del divieto contestato dalle ricorrenti» e che «a dispetto dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia di bioetica, la cornice giuridica elaborata dagli Stati deve essere coerente"⁵⁹.

Per capire la portata dell'*obiter* occorre analizzare gli argomenti addotti a giustificazione del divieto, le possibili obiezioni a tali argomenti e i potenziali problemi di costituzionalità sollevati, come emergono, in particolare, dalle osservazioni del Governo nella citata causa sottoposta alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalle due opinioni concorrenti alla decisione della Corte, nonché da un rapporto del Consiglio di Stato francese⁶⁰ e da due rapporti del Comitato nazionale francese di etica⁶¹.

Il fondamento del divieto di p.m.a. *post mortem* è stato ravvisato primariamente nell'esigenza di tutelare l'interesse dei bambini. Si è osservato che sarebbe contrario a tale interesse ammettere che un bambino venga concepito e fatto nascere per vivere senza un padre. La medesima *ratio* aveva indotto il legislatore francese a vietare il ricorso alla p.m.a. con terzo donatore da parte di donne non coniugate e da parte di coppie omosessuali. Posto che, però, con la legge del 2021, quest'ultima possibilità è stata espressamente ammessa, si profila un problema di compatibilità con il canone di ragionevolezza.

Strasbourg face au cas limite de la procréation *post mortem patris*"; *Actualité juridique droit administrative*, 2023, p. 1631, con osservazioni di PASTOR, J.-M.: "Insémination *post mortem* à l'étranger: la CEDH respecte l'interdit français mais s'interroge"; *Actualité juridique famille*, 2023, p. 573, con osservazioni di SAULIER, M.: "L'interdiction vacillante de l'AMP *post mortem*"; *ivi*, p. 477, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Actualité Dalloz*, 29 settembre 2023, con rilievi di MESNIL, M.: "La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem*"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2023, p. 841, con nota di MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'interdiction de la procréation *post mortem* entre sursaut et sursis".

59 Tutte le traduzioni dei passaggi della sentenza sono ad opera dell'Autrice di questo contributo.

60 CE, étude, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 28 giugno 2018, www.conseil-etat.fr.

61 CCNE, *La demande d'AMP après le décès de l'homme faisant partie du couple*, parere no. 113, 10 febbraio 2011, www.ccne-ethique.fr; e CCNE, *Le transfert d'embryons après décès du conjoint*, parere no. 40, 17 dicembre 1993, *ivi*.

Ora, pare lecito dubitare della ragionevolezza di una legge che ammette che un bambino possa essere concepito e nascere con un padre anonimo – e quindi, per definizione, del tutto assente – ma non ammette che un bambino possa nascere con un padre già morto – e quindi comunque identificato e suscettibile di vivere attraverso il ricordo che ne tramandano la famiglia, gli amici e le fotografie. Se la *ratio* del divieto, com'è generalmente sostenuto, risiedesse nell'esigenza di tutelare l'interesse del bambino a nascere con due genitori, allora – e *a fortiori* – l'ordinamento non dovrebbe consentire neppure la p.m.a. eterologa da parte di una donna non coniugata e non convivente.

Ad ulteriore fondamento del divieto si è addotta l'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione della donna, che potrebbe essere indotta alla scelta di sottoporsi alla p.m.a. con i gameti del marito o con gli embrioni precedentemente conservati dalle pressioni della famiglia. A tale argomento si può replicare che impedire alla donna la scelta non equivale a tutelarne la libertà, ma, all'opposto, a privarla della medesima imponendole comunque di mettere fine al progetto procreativo che aveva concepito con il marito defunto.

Tale imposizione pone un problema di compatibilità del divieto con la dignità della donna che la subisce. Innanzitutto, la legge le chiede, in un momento di grande fragilità dovuta al lutto, di scegliere se donare i gameti del marito defunto o gli embrioni ad altre coppie, e quindi vivere con la consapevolezza che altre potranno partorire dei figli con il seme del marito, oppure donarli alla ricerca, oppure distruggerli, con la consapevolezza che a seguito di quest'ultima decisione perderà l'ultima cosa che le resta del marito.

Inoltre, la legge costringe la donna, sempre in un momento di fragilità, a scegliere se rinunciare a qualsiasi progetto genitoriale o cedere al suo desiderio di colmare il vuoto lasciato da quest'ultimo con una nuova maternità mediante il ricorso ad un donatore anonimo.

Infine, a fondamento del divieto di p.m.a. *post mortem* si è addotta l'esigenza di evitare che la moglie o convivente superstite possa disporre dei gameti del marito o convivente defunto in maniera contraria alla volontà che quest'ultimo avrebbe espresso se fosse stato chiamato a pronunciarsi sulla sorte dei gameti o degli embrioni nell'eventualità del suo decesso. Anche qui si può replicare che il divieto assoluto di p.m.a. *post mortem* risulta una misura sproporzionata rispetto all'esigenza in questione. Sarebbe sufficiente che la legge prevedesse uno strumento per far sì che la coppia che si accinge a sottoporsi a p.m.a. compia espressamente la scelta della sorte dei gameti o degli embrioni in quella sede.

A fronte dei profili appena illustrati – cui non pare poter rimediare la giurisprudenza, pena un'interpretazione abrogatrice del divieto che rischia di violare

la separazione dei poteri – è auspicabile un intervento del legislatore francese che, per un verso abolisca il divieto in esame e, per altro verso identifichi una misura più proporzionata, un rimedio giusto ed effettivo, per tutelare gli interessi presidiati dal divieto medesimo, come sopra illustrati.

XII. LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELL'ESPORTAZIONE ALL'ESTERO DEI GAMETI O DEGLI EMBRIONI PER L'ESECUZIONE DI UNA P.M.A. POST MORTEM.

Il divieto di p.m.a. *post mortem* è sempre stato interpretato non solo nel senso d'impedire al coniuge o convivente superstite di realizzare tale pratica in territorio francese, ma anche di realizzarla all'estero mediante l'esportazione dei gameti del marito defunto o degli embrioni concepiti con quest'ultimo.

La giurisprudenza amministrativa francese, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di tale interpretazione con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è mostrata costante nell'affermare che, stante l'inequivocabilità del divieto e la mancanza di un *consensus* europeo in materia, il rifiuto dell'Agenzia della biomedicina di autorizzare il coniuge o convivente superstite a trasferire i gameti del coniuge o convivente defunto in un paese estero per eseguire una p.m.a. è legittimo, in quanto volto ad impedire la realizzazione di una frode alla legge francese, salva la ricorrenza nel caso concreto di circostanze particolari che rendano tale rifiuto un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata e familiare della coniuge o convivente superstite⁶².

In un caso, il Consiglio di Stato francese ha ritenuto che fosse una circostanza particolare il fatto che la donna richiedente l'autorizzazione all'esportazione dei gameti del coniuge defunto fosse residente in Francia ma cittadina spagnola⁶³.

62 CE, 13 giugno 2018, no. 421333, *Actualité juridique de droit administratif*, 2018, p. 2278; *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725, con commento di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; CE, 24 gennaio 2020, no. 437328, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 657, con osservazioni di HILT, P.: "Droit de la filiation"; *Actualité juridique famille*, 2020, p. 88, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, p. 355, con osservazioni di LEROYER, A.-M.: "Le juge et le transfert d'embryon *post mortem*: illustration de l'arbitraire"; CE, 4 dicembre 2018, no. 425446, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725, con osservazioni di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; *Actualité juridique famille*, 2019, p. 64, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; e CE, 28 dicembre 2021, no. 456966, www.legifrance.gouv.fr.

63 CE, 31 maggio 2016, no. 396848, *Actualité juridique de droit administratif*, 2016, p. 1092; *ivi*, p. 1398, con commento di DUTHELLET DE LAMOTTE, L. e ODINET, G.: "Contrôle de conventionnalité: *in concreto veritas?*"; *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1470, con osservazioni di MONTECLER, M.-C.: "Insémination *post-mortem*: autorisation d'exportation de gamètes"; *ivi*, p. 1472, con nota di FULCHIRON, H.: "Contrôle de proportionnalité ou décision en équité?"; *ivi*, p. 1477, con nota di HAFTTEL, B.: "Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé"; *ivi*, 2017, p. 729, con osservazioni di GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation"; *ivi*, p. 781, con osservazioni di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; *ivi*, p. 935, con commento di RÉGINE: "Droit et genre"; *ivi*, p. 1011, con osservazioni di GAUDEMET-TALLON, H. e JAULT-SESEKE, F.: "Droit international privé"; *Actualité juridique famille*, 2016, p. 439, con nota di SIFFREIN-BLANC, C.: "Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem*"; *ivi*, p. 360, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 740, con conclusioni di BRETONNEAU,

Questo faceva sì che la sua richiesta fosse motivata non dall'intento di frodare la legge francese, bensì dal desiderio di tornare nel suo paese e riunirsi alla sua famiglia d'origine.

In un altro caso, una corte di merito ha ritenuto che fosse una circostanza particolare la drammaticità della situazione in cui versava la donna richiedente l'autorizzazione all'esportazione dei gameti del marito defunto⁶⁴: i coniugi avevano espresso chiaramente la loro volontà di proseguire il progetto procreativo anche in caso di morte di uno dei due e la coniuge superstite aveva subito, nell'arco di poco tempo, un duplice lutto, quello del marito, gravemente malato sin dal momento della conservazione dei gameti, e quello del bambino che aveva inconsapevolmente concepito con il marito prima di procedere alla conservazione medesima, questo poco prima del parto.

XIII. LA QUESTIONE DELLO STATUS GIURIDICO DEL BAMBINO NATO DALLA P.M.A. POST MORTEM.

In assenza di disposizioni di legge che disciplinino le conseguenze della realizzazione di una p.m.a. *post mortem* in violazione del divieto stabilito dall'ordinamento francese, occorre domandarsi quale sia lo *status* giuridico del bambino nato all'estero in virtù di tale pratica. La giurisprudenza francese non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla questione, ma si possono trarre elementi utili alla sua soluzione dall'analisi delle decisioni rese dalle corti francesi con riguardo alla sorte dei bambini nati all'estero da altre pratiche procreative vietate in Francia, in particolare la p.m.a. eterologa effettuata all'estero da una coppia omosessuale di donne (prima che la legge del 2021 consentisse tale possibilità) e la p.m.a. mediante maternità surrogata.

Tali pratiche hanno in comune con la p.m.a. *post mortem* il fatto di non essere ammesse dal diritto francese, ma presentano una significativa differenza: prevedono il coinvolgimento di un soggetto che ha voluto il bambino e vuole esserne il genitore, ma che non lo ha partorito e non ha neppure contribuito al suo concepimento con il proprio materiale genetico (c.d. *mère d'intention*). Nella p.m.a. *post mortem* la coniuge o convivente superstite è madre genetica del bambino e lo partorisce anche; nella p.m.a. eterologa richiesta da una coppia di donne

A.: "Droits subjectifs contre interdit législatif"; *ivi*, p. 754, con nota di DELVOLVÉ, P.: "Droits subjectifs contre interdit législatif"; *Revue trimestrielle des droits civil*, 2016, p. 578, con osservazioni di DEUMIER, P.: "Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode"; *ivi*, p. 600, con commento di HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée *post mortem*: le début du délitement?"; *ivi*, p. 802, con osservazioni di MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État"; *ivi*, p. 834, con osservazioni di HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée: le Conseil d'État a du cœur!"; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 319, con osservazioni di RITLENG, D.: "Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité".

64 TA Rennes, 11 octobre 2016, no. 1604451, *Revue générale du droit on line*, 2016, num. 59109.

le due donne si vogliono entrambe madri del bambino, ma solo una di loro l'ha concepito e partorito; nella maternità surrogata il bambino è concepito con il materiale genetico di chi vuole esserne padre e con quello della madre surrogata, non con quello della donna che vuole esserne madre, ed è la madre surrogata che partorisce il bambino.

In considerazione delle differenze appena illustrate, per la p.m.a. eterologa e per p.m.a. mediante maternità surrogata si è posto un duplice problema: quello di stabilire se l'ordinamento francese dovesse riconoscere il rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore biologico o negare qualsivoglia effetto a quella procreazione realizzata in frode alla legge; e quello di stabilire se l'ordinamento francese dovesse riconoscere il rapporto di filiazione tra il bambino e la donna che l'ha voluto o quantomeno la possibilità per quest'ultima di adottarlo. Posto che è solo il primo dei due problemi a porsi anche con riguardo alla p.m.a. *post mortem*, ci si limiterà a trattare di quello.

In una prima fase, la giurisprudenza francese ha negato il riconoscimento del rapporto di filiazione non solo rispetto al genitore privo di legami biologici con il bambino, ma anche al genitore biologico, impedendo il confenzionamento dell'atto di nascita, nonché l'annotazione nei registri dello stato civile dell'eventuale atto di nascita confezionato nel paese estero in cui è avvenuta la procreazione⁶⁵. La motivazione era sostanzialmente questa: posto che la maternità surrogata si pone in contrasto con i principi fondamentali del diritto francese, l'ordinamento non può attribuirle alcun effetto.

L'orientamento è stato ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo incompatibile con l'art. 8 della Convenzione, e segnatamente con il diritto al rispetto della vita privata del bambino⁶⁶. In particolare, la Corte ha osservato

65 Cass., 6 aprile 2011, no. 10-19.053, *Bulletin civil*, I, num. 72; *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1064, con osservazioni di LABBÉE, X.: "La gestation pour autrui devant la Cour de cassation"; *ivi*, p. 1522, con nota di BERTHIAU, D. e BRUNET, L.: "L'ordre public au préjudice de l'enfant"; *ivi*, p. 1585, con osservazioni di GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation"; *ivi*, p. 1995, con osservazioni di BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs"; *Actualité juridique famille*, 2011, p. 262, con nota di CHÉNÉDÉ, F.: "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 340, con osservazioni di HAUSER, J.: "L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants: arrêt sur image de la maternité pour autrui".

66 Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, no. 65192/11, *Actualité juridique droit administratif*, 2014, p. 1763, con nota di BURGORQUE-LARSEN, L.: "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme"; *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797, con nota di CHÉNÉDÉ, F.: "Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme"; *ivi*, p. 1773, con nota di FULCHIRON, H. e BIDAUD-GARON, C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères"; *ivi*, p. 1787, con osservazioni di BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs"; *ivi*, p. 1806, con nota di d'AVOUT, L.: "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée"; *ivi*, p. 1007, con osservazioni di REGINE, "Droit et genre"; *Actualité juridique famille*, 2014, p. 396, con nota di DIONISIPYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 616, con osservazioni di HAUSER, J.: "État civil: après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli"; *ivi*, p. 835, con commento di MARGUÉNAUD, J.-P.: "La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui". Si veda, inoltre, Corte EDU, 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, no. 9063/14, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2152, con nota di CAIRE, A.-B.: "Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH?"; *Actualité juridique famille*,

che detto orientamento comportava un'ingerenza sproporzionata nel diritto in questione, giacché aveva l'effetto di privare il bambino della nazionalità francese, della qualità di successibile legittimo e legittimario della "madre d'intenzione" e del diritto a far assumere veste legale al suo legame biologico con il padre. A seguito dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza francese ha operato un *revirement*, sulla scorta dei medesimi argomenti⁶⁷.

Alla luce del quadro appena illustrato, si può ragionevolmente ritenere che la qualifica della p.m.a. *post mortem* realizzata all'estero come pratica in frode alla legge francese non osta al riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del rapporto di filiazione tra la madre e il bambino concepito e nato in virtù di tale pratica. La soluzione opposta sarebbe in primo luogo irragionevolmente contraria al principio di ordine pubblico, dettato dal codice civile, per cui la madre s'identifica nella persona che ha partorito il bambino, principio cui solo una legge potrebbe derogare e a fronte di giustificati motivi di tutela del minore, come quelli che sono posti a fondamento del divieto di riconoscimento dei figli incestuosi. In secondo luogo sarebbe contraria all'interesse del minore, nonché ai principi fondamentali dell'unicità dello stato di figlio e della non discriminazione dei figli in base alle circostanze del loro concepimento.

XIV. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA.

L'art. 9, comma 2, l. n. 4 del 2006 consente la fecondazione postuma, detta anche *post mortem*, con l'utilizzo dei gameti del marito o convivente di colei che fa ricorso alla tecnica, ma con alcuni limiti, nel rispetto dei quali il nato sarà considerato figlio del deceduto ad ogni effetto, ed in particolare per quanto riguarda l'ambito successorio, con l'acquisto della qualità di erede del padre premorto⁶⁸.

L'ammissibilità della fecondazione *post mortem* appare coerente con la posizione assunta dalla legislazione spagnola la quale ammette che donne single possano accedere a tecniche di riproduzione assistita.

Nella legislazione spagnola viene prevista un'ampia possibilità di accesso per la donna alle tecniche di riproduzione assistita, ciò deriva dalla considerazione

2016, p. 407, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 819, con commento di HAUSER, J.: "GPA: inscription des enfants à l'état civil (suite)".

67 Cass., ass. plén., 5 ottobre 2018, n. 12-30.138, pubblicata nel Bollettino, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228, con nota di DEUMIER, P. e FULCHIRON, H.: "Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurisprudence «augmentée»?"; *Actualité juridique famille*, 2018, p. 569 e p. 613, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A. e SAULIER, M.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges".

68 Nelle ipotesi in cui si accedesse ad una fecondazione *post mortem* senza rispettare i requisiti stabiliti dall'art. 9 della legge menzionata, ovviamente, il bambino non sarà considerato figlio del marito premorto.

che le stesse non sono considerate, in via esclusiva, una soluzione al problema della infertilità di coppia, ma anche un modo di procreazione alternativo a quello naturale, messo a disposizione della donna, ragion per cui non appare necessario che la beneficiaria sia sposata, né convivente di fatto con un uomo.

Ai sensi dell'art. 6 l. n. 14 del 2006, "Potranno accedere alle tecniche regolate dalla presente legge tutte le donne maggiorenni e capaci di agire che abbiano prestato il loro consenso per iscritto, in maniera libera, consapevole ed espressa all'utilizzo di tali terapie". Nonostante ciò, in applicazione del disposto dell'art. 2, comma 1, della stessa legge, si potrà negare l'accesso a tali tecniche in alcune circostanze fra le quali, ad es., l'età avanzata della richiedente o il suo stato precario di salute; nel caso in cui "non vi sia una sufficiente probabilità di successo" o esista "un rischio grave per la salute fisica o mentale della donna o dei figli"⁶⁹.

"La donna potrà accedere alle tecniche regolate dalla presente legge indipendentemente dal suo stato civile o dal suo orientamento sessuale (art. 6, comma 1, II). In ogni caso, "Se la donna è sposata si richiede, in aggiunta, il consenso del marito, a meno che gli stessi non siano separati giudizialmente o di fatto ove ciò risulti in maniera certa" (art. 6, comma 3). La ragione su cui si fonda tale precetto è evidente: vi è l'esigenza di coordinare tale normativa con la presunzione di paternità relativa ai figli nati durante il matrimonio e prima dei trecento giorni successivi al divorzio o alla separazione di coniugi (art. 118 cod. civ.). Proprio per tali ragioni, sembra logico che nel caso in cui la donna sia sposata con altra donna, non si avrà la necessità del consenso di quest'ultima per accedere alle tecniche di riproduzione assistita.

Fatto salvo il caso di fecondazione omologa, realizzata con i gameti provenienti dal marito o dal convivente *more uxorio*, "la scelta del donatore del seme dovrà essere effettuata esclusivamente dall'*equipe* medica che realizza l'intervento e rispettando l'anonimato del donante". Stando così le cose, "In nessun caso sarà permesso alla paziente di selezionare personalmente il donante". "In ogni caso, però, l'*equipe* medica dovrà cercare di garantire la maggior corrispondenza possibile del fenotipo e le caratteristiche immunologiche fra donante e paziente" (art. 6, comma 5, l. n. 14 del 2006).

XV. REQUISITI LEGALI.

La norma richiede il consenso del marito "a che il suo materiale riproduttivo possa essere utilizzato nei dodici mesi successivi al decesso per la fecondazione

69 SALES PALLARÉS, L.: "La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, febbraio, 2018, p. 121, in un brillante scritto si interroga sulla possibilità che il minore, nato da donna in età avanzata, tramite la fecondazione in vitro, chieda un indennizzo alla clinica "per aver consentito e portato a termine questa gravidanza essendo al corrente delle difficoltà potenziali di cura del minore da parte di genitori anziani".

della moglie”, periodo di tempo entro il quale, pertanto, dovrà necessariamente essere realizzata la fecondazione⁷⁰. Se tali prescrizioni sono rispettate, si stabilirà un vincolo giuridico di filiazione tra il nato ed il padre premorto, con tutte le relative conseguenze di carattere successorio⁷¹.

A differenza di quanto accadeva sotto il vigore della l. n. 35 del 1988, tale consenso potrà essere prestato non solo “per atto pubblico, testamento o disposizioni anticipate di trattamento”, ma anche nella scrittura privata, predisposta dal centro di procreazione assistita, con cui si autorizza la fecondazione della donna⁷². “Il consenso all'applicazione delle tecniche in tali circostanze potrà essere revocato in qualsiasi momento, purché precedente all'applicazione delle stesse”.

In caso di fecondazione con gameti del convivente, secondo l'art. 9, comma 3, l. n. 14 del 2006, il consenso da costui prestato sarà considerato come uno scritto di provenienza certa ai fini dell'avvio del procedimento amministrativo per il riconoscimento della filiazione naturale di cui all'art. 44, comma 7, II del nuovo ordinamento dello stato civile, senza pregiudizio - precisa la norma - di un'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità, che, qualora nell'ambito di tale procedimento venga proposta opposizione da parte del Pubblico Ministero o di una parte privata interessata, potrà essere esercitata dal figlio, il quale dovrà

70 LLEDÓ YAGÜE, F.: “Ad art. 9”, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 127, sostiene che non sia necessario il consenso del marito affinché la vedova possa utilizzare il suo materiale genetico ma che, invece, la volontà del coniuge premorto sarà rilevante solo al fine di determinare la filiazione rispetto allo stesso. Il medesimo Autore ritiene comunque improbabile che un giudice possa autorizzare la fecondazione postuma senza il consenso del marito.

Tale impostazione non sembra però condivisibile. L'art. 9, comma 2, l. n. 14 del 2006 non separa i due piani ma esige il consenso del marito “affinché il suo materiale genetico possa essere utilizzato nei 12 mesi successivi alla sua morte al fine di fecondare sua moglie” e, ove ricorrano tali requisiti (il consenso ed il termine indicato) stabilisce, quale conseguenza necessaria, la determinazione della filiazione a favore del marito.

Questa è la posizione espressa da Aud. Prov. La Coruña 3 novembre 2001, in AC, 2001, 183, che revocando l'ordinanza impugnata, afferma che dal tenore letterale dell'art. 9 si deduce che la norma richiede “la manifestazione del consenso in primo luogo al fine di utilizzare il materiale genetico e quindi, in secondo luogo, quale strumento per determinare la filiazione quale conseguenza del medesimo consenso”. Osserva, poi, che una contraria impostazione condurrebbe “a situazioni paradossali quale il fatto che, nonostante si dia alla luce un figlio avente il materiale genetico del coniuge premorto”, “non lo si potrebbe però considerare legalmente quale figlio dello stesso, i figli che il padre avesse avuto da altra relazione non sarebbero qualificabili come suoi fratelli e potrebbe quindi contrarre matrimonio con gli stessi, non avrebbe diritti di natura ereditaria, sarebbe a conoscenza delle generalità del padre biologico ma, tuttavia, non potrebbe utilizzare il suo cognome”. Conclude affermando che “la legge non può permettere che, contro il principio dell'anonimato che domina il regime giuridico della legge, sia possibile l'utilizzazione di materiale genetico proveniente da soggetto facilmente identificabile senza riconoscere la filiazione in capo allo stesso”.

71 Il difetto del consenso alla fecondazione postuma da parte dell'uomo non può essere supplito per il tramite di un'autorizzazione giudiziale al solo fine di soddisfare l'aspirazione della vedova ad avere un figlio dal marito premorto: cfr. Aud. Prov. La Coruña 3 novembre 2001, in AC, 2001, 183; Aud. Prov. Santa Cruz de Tenerife 2 giugno 2010, *ivi*, 2010, 1755; e Aud. Prov. Barcelona 17 maggio 2011, *ivi*, 2011, 1256.

72 Secondo FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA. Premorienza del marido”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (diretti da J.A. COBACHO GÓMEZ e coordinati da J.J. INIESTA DELGADO), Cizur Menor, 2007, pp. 340-341, ciò non significa che la legge “abbia sancito il principio di libertà delle forme nella prestazione del consenso alla riproduzione postuma, e nemmeno che essa ammetta qualunque forma tale da garantirne l'autenticità o da far constare inconfutabilmente la volontà dell'interessato”.

dimostrare che il padre aveva manifestato nella forma legalmente prevista il consenso a che il proprio materiale riproduttivo venisse utilizzato per fecondare la compagna, e che tale fecondazione ha avuto luogo o quanto meno è stata avviata entro i dodici mesi successivi al decesso.

XVI. GLI EFFETTI SUCCESSORI: CONDIZIONE DI EREDE NECESSARIO DEL FIGLIO CONCEPITO “POST MORTEM” COME CONSEGUENZA DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EGUAGLIANZA.

Una volta determinatosi il rapporto di filiazione, riteniamo che il nato vada considerato erede del padre, sia nel caso in cui esista una vocazione testamentaria in suo favore⁷³ (oggi non vi sono dubbi sull'ammissibilità dell'istituzione ereditaria di un concepturo sotto la condizione sospensiva della nascita), sia, in mancanza di testamento, per effetto della vocazione legale *ab intestato*⁷⁴. È chiaro che in quest'ultimo caso sussiste un ostacolo normativo a tale successione, in quanto l'art. 758 cod. civ. prevede che l'erede deve esistere al momento della morte del *de cuius*, o per lo meno essere già stato concepito (ai sensi dell'art. 29 cod. civ.), il che non accade nel caso che ci occupa.

Tuttavia, tale ostacolo deve cadere a fronte del principio costituzionale di eguaglianza: una volta costituitosi legittimamente il rapporto di filiazione, non si può negare ai figli nati da una fecondazione postuma i diritti successori che la legge riconosce ad ogni figlio, poichè ciò comporterebbe una discriminazione incompatibile con l'art. 14 cost⁷⁵. In tale prospettiva appare degno della massima approvazione il disposto dell'art. 325, comma 3, del *código de derecho foral* dell'Aragona, in base al quale “Se l'ereditando ha espresso nelle debite forme il consenso alla fecondazione post mortem con ricorso al proprio materiale riproduttivo, i figli che ne nascono saranno considerati concepiti al tempo dell'apertura della successione, purchè ricorrano tutti i requisiti che la legge sulla

73 Cfr. FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 283; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción artificial “post mortem”: Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 112-113; nonché VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (a cura di J. VIDAL MARTÍNEZ), Granada, 1998, pp. 115-116.

74 Tale posizione, su cui non vi è unanimità nella dottrina spagnola, è sostenuta fra gli altri da GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 13, 1995, pp. 181 ss.; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; nonché INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in *Tratado de Derecho de familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)* (diretto da M. YZQUIERDO TOLSADA e M. CUENA CASAS), Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 850. Non si pronuncia al riguardo RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Reproducción artificial”, cit., pp. 112-113, pur mostrandosi favorevole ad una riforma legislativa che riconosca i diritti successori dei figli concepiti *post mortem*. Sembra dividerla VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas”, cit., pp. 115-116, quando prospetta l'applicazione per analogia dell'art. 29 cod. civ. È invece nettamente contrario PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, n. 15, p. 156, nt. 63, con l'argomento che al momento della morte del padre il figlio non era stato ancora concepito.

75 Così FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; e INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación”, cit., p. 850.

procreazione assistita prevede per la determinazione della filiazione”. Da parte sua, l'art. 412-1, comma 2, del Libro IV del codice civile della Catalogna prevede che “I figli nati da una fecondazione postuma praticata conformemente alle vigenti disposizioni di legge hanno la capacità di succedere al genitore premorto”.

Pertanto, il figlio concepito *post mortem* sarà erede necessario del padre premorto⁷⁶, e potrebbe quindi esercitare le azioni spettanti al legittimario pretermesso, qualora il *de cuius* nel proprio testamento non lo avesse istituito erede o legatario. Se tale testamento fosse stato redatto dopo l'autorizzazione della fecondazione *post mortem*, la preterizione andrebbe considerata intenzionale, per cui il legittimario dovrebbe procedere alla riduzione dell'istituzione di erede nella misura necessaria a fare salva la sua quota di riserva (art. 814, comma 1, del Codice Civile); se invece fosse stato redatto in precedenza, la preterizione risulterebbe evidentemente non intenzionale, e l'istituzione di erede sarebbe di conseguenza annullabile (art. 814, comma 2, del Codice Civile).

XVII. L'IMPIANTO POSTUMO DI EMBRIONI.

Al trasferimento *post mortem* di embrioni già formati si riferisce, invece, l'art. 9, comma 2, l. n. 14 del 2006 nei seguenti termini: “Si presume il consenso di cui al comma precedente quando il coniuge superstite si era sottoposto ad un processo di riproduzione assistita con trasferimento di embrioni già costituiti prima della morte del marito”.

Dal precetto si deduce che il trasferimento *post mortem* di embrioni è possibile sempre in presenza del consenso del marito ma, a differenza di quanto accade nella fecondazione postuma, non si richiede che il consenso sia espresso potendosi lo stesso desumere per presunzione. Tale differenza di regime giuridico si giustifica poiché in tale caso esiste già un essere umano – l'embrione non impiantato – le cui aspettative di sviluppo vitale sono degne di protezione.

È chiaro che tale disposizione non si applica nelle circostanze in cui vi sia stato un previo consenso espresso ad una fecondazione postuma da parte del marito premorto poiché il suddetto consenso comprende anche il trasferimento di embrioni già formati essendo, questa, la naturale conseguenza del processo di fecondazione già iniziato.

L'ambito di applicazione dell'art. 9, comma 2 è, dunque, quello del trasferimento di embrioni che abbia luogo quando, in assenza di espresso consenso alla fecondazione postuma e già formati gli embrioni, il marito muoia senza aver avuto

76 Si vedano, in tal senso, FEMENIA LÓPEZ, P.J.: “Status” jurídico”, cit., p. 289; e INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación”, cit., p. 850.

la possibilità di esprimersi sul destino degli stessi. In tal caso, se la sua morte dovesse avvenire dopo l'inizio del procedimento di trasferimento, si presume il suo consenso alla continuazione del medesimo.

La presunzione, pertanto, non opera nel caso in cui la morte avvenga prima dell'inizio del procedimento. Va però segnalato che l'art. 9, comma 2 non sembra sia in grado di normare tutte le possibili ipotesi relative all'individuazione della volontà del marito premorto. Sarebbe infatti possibile portare a termine il procedimento di trasferimento degli embrioni *post mortem* quando, pur non essendo ancora iniziato al momento della morte del marito, risulti tuttavia possibile dedurre che lo stesso avrebbe voluto che si portasse comunque a termine il processo. Risulterebbe fondamentale, in tal caso, ricostruire la volontà del padre premorto interpretandola alla luce delle dichiarazioni della vedova e dei parenti più prossimi.

In ogni caso il trasferimento di embrioni *post mortem*, analogamente a quanto richiesto per la fecondazione postuma, sembra debba realizzarsi nel termine di dodici mesi dalla morte del marito⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. INIESTA DELGADO, J.J.: "La filiación", cit., p. 845; e RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: "La reproducción "post mortem" en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20, julio, 2015, p. 313.

BIBLIOGRAFIA

TECNICHE DI PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ

BALKENENDE, EME., DAHHAN, T., BEERENDONK, CCM., FLEISCHER, K., STOOP, D., BOS, AME., LAMBALK, CB., SCHAT, R., SMEENK, JMJ., LOUWÉ, LA., CANTINEAU, AEP., DE BRUIN, JP., LINN, SC., VAN DER VEEN, F., VAN WELY, M., GODDIJN, M.: "Fertility preservation for women with breast cancer: a multicentre randomized controlled trial on various ovarian stimulation protocols", *Hum Reprod.*, 2022, pp. 1786-1794.

BORINI, A., CATTOLI, M., BULLETTI, C., COTICCHIO, G.: "Clinical efficiency of oocyte and embryo cryopreservation", *Ann N Y Acad Sci.*, 2008, pp. 49-58.

DE VOS, M., SMITZ, J., THOMPSON, JG., GILCHRIST, RB.: "The definition of IVM is clear-variations need defining", *Hum Reprod.*, 2016, pp. 2411-2415.

ELLENBOGEN, A., SHAVIT, T., SHALOM-PAZ, E.: "IVM results are comparable and may have advantages over standard IVF", *Facts Views Vis Obgyn.*, 2014, pp. 77-80.

GOLDRAT, O., VAN DEN STEEN, G., GONZALEZ-MERINO, E., DECHÈNE, J., GERVY, C., DELBAERE, A., DEVREKER, F., DE MAERTELAER, V., DEMEESTERE, I.: "Letrozole-associated controlled ovarian hyperstimulation in breast cancer patients versus conventional controlled ovarian hyperstimulation in infertile patients: assessment of oocyte quality related biomarkers", *Reprod Biol Endocrinol.*, 2019, p. 17.

GORDON, U.D.: "Assisted conception in the azoospermic male", *Human Fertil.*, 2002, pp. 9-14.

GRYNERG, M., HESTERS, L., BÉNARD, J., TRÈVES, R., FANCHIN, R., FRYDMAN, R., FRYDMAN, N.: "In vitro maturation of oocytes: an option for fertility preservation in women", *J Gynecol Obstet Biol Reprod.*, 2011, pp. 103-108.

HEZAVEHEI, M., SHARAFI, M., KOUCHESFAHANI, H. M., HENKEL, R., AGARWAL, A., ESMAEILI, V., SHAHVERDI, A.: "Sperm cryopreservation: A review on current molecular cryobiology and advanced approaches", *Reprod Biomed Online.*, 2018, pp. 327-339.

JENSEN, A.K., KRISTENSEN, S.G., MACKLON, K.T., JEPPESEN, J.V., FEDDER, J., ERNST, E., ANDERSEN, C.Y.: "Outcomes of transplantations of cryopreserved ovarian tissue to 41 women in Denmark", *Hum Reprod.*, 2015, pp. 2838-2845.

KIM, J., TURAN, V., OKTAY, K.: "Long-Term Safety of Letrozole and Gonadotropin Stimulation for Fertility Preservation in Women With Breast Cancer", *J Clin Endocrinol Metab.*, 2016, pp. 1364-1371.

LI, H., ZHAO, Y.: "The Improvement and Clinical Application of Human Oocyte In Vitro Maturation (IVM)", *Reprod Sci.*, 2021, pp. 613-3.

Linee guida per la preservazione della fertilità dell'Associazione Italiana di Oncologia Medica e dell'*European Society of Human Reproduction and Embryology* reperibili ai siti: https://www.aiom.it/wp-content/uploads/2020/10/2020_LG_AIOM_Preserv_fertil.pdf e <https://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/Guidelines/Female-fertility-preservation>.

Linee guida per la preservazione della fertilità dell'*European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE Task Force on Ethics and Law 2012)*.

MAMAN, E., MEIROW, D., BRENGAUZ, M., RAANANI, H., DOR, J., HOURVITZ, A.: "Luteal phase oocyte retrieval and in vitro maturation is an optional procedure for urgent fertility preservation", *Fertil Steril.*, 2011, pp. 64-67.

MORTIMER, D.: "Current and future concepts and practices in human sperm cryobanking", *Reprod Biomed Online*, 2004, pp. 134-151.

OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation". *J Clin Oncol.*, 2005, pp. 4347-4353.

OKTAY, K., BUYUK, E., RODRIGUEZ-WALLBERG, K.A., SAHIN, G.: "In vitro maturation improves oocyte or embryo cryopreservation outcome in breast cancer patients undergoing ovarian stimulation for fertility preservation", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 634-638.

OKTAY, K., HARVEY, BE., PARTRIDGE, AH.: "Fertility Preservation in Patients With Cancer: ASCO Clinical Practice Guideline Update", *J Clin Oncol.*, 2018, pp. 1994-2001.

OKTAY, K., TURAN, V.: "Ovarian stimulation and oocyte cryopreservation in females with cancer", *Curr Opin Oncol.*, 2023, pp. 412-419.

POIROT, C., BRUGIERES, L., YAKOUBEN, K.: "Ovarian tissue cryopreservation for fertility preservation in 418 girls and adolescents up to 15 years of age facing highly gonadotoxic treatment. Twenty years of experience at a single center", *Acta Obstet Gynecol Scand.*, 2019, pp. 630-637.

Practice Committees of American Society for Reproductive Medicine & Society for Assisted Reproductive Technology: "Mature oocyte cryopreservation: a guideline", *Fertil Steril.*, 2013, pp. 37-43.

REDDY, J., OKTAY, K.: "Ovarian stimulation and fertility preservation with the use of aromatase inhibitors in women with breast cancer", *Fertil Steril.*, 2012, pp. 1363-1369.

SHALOM-PAZ, E., ALMOG, B., SHEHATA, F., HUANG, J., HOLZER, H., CHIAN, R.C., SON, W.Y., TAN, S.L.: "Fertility preservation for breast-cancer patients using IVM followed by oocyte or embryo vitrification", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 566-571.

SONMEZER, M., OKTAY, K.: "Fertility preservation in young women undergoing breast cancer therapy", *Oncologist.*, 2006, pp. 422-434.

TOMASI-CONT, N., LAMBERTINI, M., HULSBOSCH, S., PECCATORI, AF., AMANTET, F.: "Strategies for fertility preservation in young early breast cancer patients", *Breast.*, 2014, pp. 503-510.

VARLAS, V. N., BORS, R. G., ALBU, D., PENES, O. N., NASUI, B. A., MEHEDINTU, C., & POP, A. L.: "Social Freezing: Pressing Pause on Fertility", *Int J Environ Res Public Health.*, 2021, p. 8088.

WALLACE, W.H., KELSEY, T.W., ANDERSON, R.A.: "Fertility preservation in pre-pubertal girls with cancer: the role of ovarian tissue cryopreservation", *Fertil Steril.*, 2016, pp. 6-12.

WALLACE, W. H., SMITH, A. G., KELSEY, T. W., EDGAR, A. E., & ANDERSON, R. A.: "Fertility preservation for girls and young women with cancer: population-based validation of criteria for ovarian tissue cryopreservation", *Lancet Oncol.*, 2014, pp. 1129-1136.

ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

AZZALINI, M.: "Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia?", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss.

BALLARANI, G.: "La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»", *Dir. fam. pers.*, pp. 1159 ss.

BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bio. sc. giur.*, IX, Napoli, 2015, pp. 136 ss.

BARONE, I.: "Procreazione post mortem e status filiationis", *Fam. e dir.*, 2020, p. 950 ss.

BIANCA, M.: "La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Familia*, 2018, p. 109 ss.

BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem* nella sentenza della 1^a Sezione civile della Cassazione n.13000/2019", in www.centrostudilivativo.it,

BLANDINI, G.: "Prime riflessioni a margine della legge 219/2017", *BioLaw J.*, 2018, p. 56 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 185 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività", *Dir. umani*, 2007, pp. 245 ss.

CABITZA, M.G.: "Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico", *Dir. fam. pers.*, p. 620 ss.

CANESTRARI, S.: "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona", *Corr. giur.*, 2018, p. 301 ss.

CARUSI, D.: "La legge sul "biotestamento" una luce e molte ombre", *Corr. giur.*, 2018, p. 293 ss.

CARUSI, D.: *La legge sul biotestamento: una pagina di storia italiana*, Torino, 2020.

CASABURI, G.: "La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita", *Foro it.*, 2015, I, p. 2250 ss.

CASINI, C.: "La capacità giuridica del concepito", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 282 ss.

CASSANO, G.: "Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale *post mortem*", *Fam. dir.*, pp. 384 ss.

CHIEFFI L.: "L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto", *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss.

CLARIZIA, R.: "Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947 ss.

CORDIANO, A.: "Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 411 ss.

CORDIANO, A.: "Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent", *Italian law journal*, 2020, pp. 349 ss.

CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258 ss.

D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e status del nato", *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 654 ss.

D'ALOJA, A. E TORRETTA, P.: "La procreazione come diritto della persona", in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, (diretto da P. ZATTI e S. RODOTÀ), Milano, 2011, p. 1353 ss.

DE MARZIO, G.: "Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", *Foro it.*, 2018, V, c. 137.

DE ROSA, R. E.: "La procreazione medicalmente assistita *post mortem*. Un confronto italo-spagnolo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 576 ss.

DELLE MONACHE, S.: "La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici", *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 997 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Inseminazione artificiale *post mortem* e intervento del giudice di merito", *Fam. dir.*, 1999, 52 ss.

FACCIOLI, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 6, pp. 1282 ss.

FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004", *Riv. Biod.*, 2021, p. 27 ss.

FACCIOLI, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Dig. Civ., Agg.*, III, 2, Torino, 2007, pp. 1051 ss.

FAVILLI, C.: "Fecondazione *post mortem* e attribuzione dello stato di figlio", *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Milano, 2020, pp. 72 ss.

FERRANDO, G.: *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999.

FOGLIA, M.: (a cura di) *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

GAZZONI, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 168 ss.

GIAIMO, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 855 ss.

GIUNCHEDI, D.: "La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*", *Fam e dir.*, 2020, p. 39 ss.

LASSO, A., *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024.

LIPARI, N.: "Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 517 ss.

LOCATELLO, D. M.: "L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*", *Corr. giur.*, 2020, p. 758 ss.

MAZZONI, C.M.: "La tutela reale dell'embrione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 457 ss.

MENDOLA, A.: "Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita *post mortem*", *Riv. it. medicina legale*, 2019, p. 1614 ss.

MORACE PINELLI, A.: "La filiazione da pma e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione *post mortem*", *Foro it.*, 2019, I, p. 3352 ss.

NADDEO, F.: "Accesso alle tecniche", *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE), Milano, 2004, p. 82 ss.

NIVARRA, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente", *Foro it.*, 1999, p. 1653 ss.

OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 104 ss.

PAGLIARO, A.: "L'accertamento dello status del figlio procreato *post mortem*" in www.juscivile.it,

PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative" in AA.VV., *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. FERRANDO), p. 141 ss.

PETTA, C.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem*, *status filiationis* e diritti successori", *Actualidad juridica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 1035 ss.

QUADRI, E.: "Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, pp. 1353 ss.

QUADRI, R.: *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, *Dir. giur.*, 2004, p. 224 ss.

RECINTO, G.: "Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori", *Dir. rel.*, 2019, pp. 560 ss.

RECINTO, G.: "La Consulta e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla p.m.a.: non sussiste un diritto assoluto alla genitorialità", *giustiziacivile.com*, editoriale del 6 novembre 2019.

RECINTO, G.: "La legittimità del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement", *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss.

RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", *Fam. dir.*, pp. 430 ss.

RIZZUTI, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 3, pp. 29 ss.

RODOLFI, M., CASONATO, C., PENASA, S.: "Consenso informato e Dat: tutte le novità", *Civilista*, 2018.

SALANITRO, U.: voce "Procreazione medicalmente assistita (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, Milano, 2022, pp. 1015 ss.

SALANITRO, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Famiglia*, 2004, I, pp. 489 ss.

SALANITRO, U.: "Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 85 ss.;

SALVATORE, B.: "(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Dir. succ. fam.*, 2023, n. 3, p. 999 ss.

SALVATORE, B.: "Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita", *Dir. giur.*, 2009, pp. 449 ss.

SCALERA, A.: "Sulla legittimità dell'impianto *post mortem* di embrioni crioconservati", *Fam. e dir.*, 2015, p. 488 ss.

SCALISI, V.: "Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita", *Fam. dir.*, 2005, pp. 203 ss.

SCHLESINGER, P.: "Il concepito e l'inizio della persona", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 247 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss.

SESTA, M.: "Latto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri", *Fam dir.*, 2020, p. 325 ss.

TOSCANO, G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 653 ss.

URCIUOLI, A.: *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021.

VALONGO, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", *Dir. success. e fam.*, 2019, p. 525 ss.

VILLANI, R.: "Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04", *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 475 ss.

ZATTI, P.: "Interesse del minore e "doppia figura genitoriale", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp. 84 ss.

ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149.

ZATTI, P.: "Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 247 ss.

ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

BERTHIAU, D. e BRUNET, L.: "L'ordre public au préjudice de l'enfant", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522.

BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1995.

BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs", *ivi*, 2014, p. 1787.

BRETONNEAU, A.: "Droits subjectifs contre interdit législatif", *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 740.

BURGORGUE-LARSEN, L.: "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *Actualité juridique droit administratif*, 2014, p. 1763.

CAIRE, A.-B.: "La reviviscence européenne de la casuistique: la Cour de Strasbourg face au cas limite de la procréation *post mortem patris*", *Recueil Dalloz*, 2024, p. 146.

CAIRE, A.-B.: "Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH?", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2152.

CHÉNEDÉ, F.: "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif", *Actualité juridique famille*, 2011, p. 262.

CHÉNEDÉ, F.: "Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797.

d'AVOUT, L.: "La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806.

DELVOLVÉ, P.: "Droits subjectifs contre interdit législatif", *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 754.

DEUMIER, P. e FULCHIRON, H.: "Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurisprudence «augmentée»?", *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228.

DEUMIER, P.: "Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 578.

DIONISI-PEYRUSSE, A. e SAULIER, M.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges", *Actualité juridique famille*, 2018, p. 569 e p. 613.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *Actualité juridique famille*, 2023, p. 477.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2020, p. 88.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2019, p. 64.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2014, p. 396.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2016, p. 407.

DUTHELLET DE LAMOTTE, L. e ODINET, G.: "Contrôle de conventionnalité: *in concreto veritas?*", *Actualité juridique de droit administratif*, 2016, p. 1398.

FULCHIRON, H. e BIDAUD-GARON, C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1773.

FULCHIRON, H.: "Contrôle de proportionnalité ou décision en équité?", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1472.

GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels", *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725.

GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 781.

GAUDEMET-TALLON, H. e JAULT-SESEKE, F.: "Droit international privé", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1011.

GOUTTENOIRE, A.: "L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi de bioéthique du 2 août 2021", *La semaine juridique*, 27 septembre 2021, num. 39, p. 975.

GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 729.

GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation", *ivi*, 2011, p. 1585.

HAFTEL, B.: "Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1477.

HAUSER, J.: "État civil: après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli!", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 616.

HAUSER, J.: "GPA: inscription des enfants à l'état civil (suite)", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 819.

HAUSER, J.: "L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants: arrêt sur image de la maternité pour autrui", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 340.

HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée *post mortem*: le début du délitement?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 600.

HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée: le Conseil d'État a du cœur!", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 834.

HILT, P.: "Droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 2021, p. 657.

LABBÉE, X.: "La gestation pour autrui devant la Cour de cassation", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1064.

LEROYER, A.-M.: "Le juge et le transfert d'embryon *post mortem*: illustration de l'arbitraire", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, p. 355.

MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 802.

MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'interdiction de la procréation *post mortem* entre sursaut et sursis",

MARGUÉNAUD, J.-P.: "La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 835.

MESNIL, M.: "La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem*", *Actualité Dalloz*, 29 septembre 2023.

MONTECLER, M.-C.: "Insémination *post-mortem*: autorisation d'exportation de gamètes", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1470.

PASTOR, J.-M.: "Insémination *post mortem* à l'étranger: la CEDH respecte l'interdit français mais s'interroge", *Actualité juridique droit administrative*, 2023, p. 1631.

RÉGINE: "Droit et genre", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1007.

RÉGINE: "Droit et genre", *ivi*, 2017, p. 935.

RITLÉNG, D.: "Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 319.

SAULIER, M.: "L'interdiction vacillante de l'AMP *post mortem*?", *Actualité juridique famille*, 2023, p. 573.

SIFFREIN-BLANC, C.: "Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem*", *Actualité juridique famille*, 2016, p. 439.

ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status” jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA. Premoriencia del marido”, IN *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (diretti da J.A. COBACHO GÓMEZ e coordinati da J.J. INIESTA DELGADO), Cizur Menor, 2007.

FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 13, 1995.

INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in *Tratado de Derecho de familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)* (diretto da M. YZQUIERDO TOLSADA e M. CUENA CASAS), Cizur Menor (Navarra), 2011.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “Ad art. 9”, in *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción artificial “post mortem”: Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SALES PALLARÉS, L.: “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, febbraio, 2018.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (a cura di J. VIDAL MARTÍNEZ), Granada, 1998.