

## La procreazione *post-mortem*: tra carenze legislative e supplenza giurisprudenziale

Franca Meola\*

POST-MORTEM PROCREATION: BETWEEN LEGISLATIVE SHORTCOMINGS AND JURISPRUDENTIAL SUBSTITUTION

ABSTRACT: The essay analyzes post-mortem procreation in Italy, highlighting the deep conflict between the prohibitions of Law no. 40/2004 and the protection of procreative self-determination. Through the study of jurisprudential evolution, the text critically evaluates the prohibition based on the requirement of both partners being alive at the same time, shedding light on how praetorian practice distinguishes the lawful implantation of cryopreserved embryos from the controversial fertilization of gametes after death. Guided by the case law of the Supreme Court of Cassation, the investigation stresses the centrality of informed consent as the foundation of the *status filiationis*. Finally, the paper proposes a comparison with the Spanish regulatory model to overcome the current aporias of the domestic legal system.

KEYWORDS: post-mortem procreation; intentional parenthood; informed consent; status of child; cryopreservation

ABSTRACT: Il saggio analizza la procreazione *post-mortem* in Italia, evidenziando il profondo contrasto tra i divieti della l. n. 40/2004 e la tutela dell'autodeterminazione procreativa. Attraverso lo studio dell'evoluzione giurisprudenziale, il testo valuta criticamente il divieto basato sul requisito della compresenza in vita della coppia, mettendo in luce come la prassi pretoria distingua l'impianto legittimo di embrioni crioconservati dalla controversa fecondazione di gameti successiva al decesso. L'indagine evidenzia, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, la centralità del consenso informato quale fondamento dello *status filiationis*. Infine, lo scritto propone un confronto con il modello normativo spagnolo per superare le attuali aporie dell'ordinamento interno.

PAROLE CHIAVE: procreazione *post-mortem*; genitorialità intenzionale; consenso informato; *status filiationis*; crioconservazione

---

\* Avvocato e cultrice della materia in diritto pubblico e costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli". Mail: [franca.meola@unicampania.it](mailto:franca.meola@unicampania.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. La procreazione *post-mortem*: un tema di perdurante attualità – 2. Le asprezze ermeneutiche dell’art. 5 l. n. 40/04: a proposito del requisito della compresenza in vita di entrambi i *partners* della coppia – 3. La dialettica tra gli artt. 5, 6 e 14: alla ricerca di una sintesi ordinamentale – 4. La fenomenologia del *post-mortem* nella prassi pretoria: a proposito del trasferimento in utero degli embrioni già prodotti e crioconservati – 4.1. (Segue): il nodo della fecondazione *post-mortem* dei gameti già prelevati: tra autodeterminazione individuale e rigore legislativo – 4.1.1. Dalla responsabilità procreativa allo *status filiationis* nella giurisprudenza di legittimità: la lezione della Cassazione (sent. n. 13000/2019) – 4.2. (Segue): sul prelievo *post-mortem* dei gameti – 5. Oltre il limite della compresenza in vita: la lezione del modello spagnolo.

## 1. La procreazione *post-mortem*: un tema di perdurante attualità

La recente decisione della Corte d’Appello di Firenze<sup>1</sup>, che ha negato a una donna la possibilità di ottenere il seme crioconservato del marito defunto, offre oggi lo spunto per tornare ad interrogarsi non soltanto su una delle tecniche da sempre più controverse nell’ambito della PMA, ma più generalmente sul tema della genitorialità, da anni attraversato da un’irrisolta tensione tra la forza dirompente dell’autonomia privata, che rivendica la tutela di un progetto procreativo fondato sul consenso e sulla responsabilità, e la resistenza di un ordinamento che, attraverso i divieti della l. n. 40/04, continua a costringere i diritti fondamentali della persona entro i confini di una configurazione biologica e tradizionale del rapporto filiale, ormai scollata dalla realtà del diritto vivente.

La vicenda – che ruota attorno alla volontà chiaramente manifestata dal *de cuius*, sia in occasione della prestazione del consenso alla crioconservazione sia in un testamento olografo, all’utilizzo da parte della moglie del proprio materiale genetico ai fini della realizzazione di un progetto genitoriale comune anche dopo la sua morte – porta infatti ad interrogarsi su quale sia il rilievo che, all’interno della vicenda procreativa, viene legislativamente accordato al dato volitivo; e ciò sia in relazione alla necessità di salvaguardia delle giuste esigenze di procreazione di chi accede a tali tecniche, sia in riferimento alla tutela della vita nascente.

Si tratta di una problematica che – come è noto – trascende il caso di specie. Tuttavia, proprio nei casi di genitorialità (*rectius*, di sua aspettativa) *post-mortem* essa trova nuovi motivi di riflessione, trattandosi di fattispecie assai controversa, così come tale è anzitutto il dato normativo di riferimento.

## 2. Le asprezze ermeneutiche dell’art. 5 l. n. 40/04: a proposito del requisito della compresenza in vita di entrambi i *partners* della coppia

Da sempre, l’*incipit* di ogni riflessione in tema è costituito dall’art. 5 della l. n. 40/04 che, nel definire i requisiti soggetti di accesso alle tecniche di PMA – in funzione solutoria di una condizione di sterilità o infertilità medicalmente accertata – ne limita il ricorso a favore di un preciso modello di coppia, coniugata o convivente, composta da soggetti maggiorenni, di sesso diverso, in età potenzialmente fertile. A ciò aggiungendo – quale ulteriore ed imprescindibile condizione – la contemporanea esistenza in vita di entrambi i *partner* della coppia, la cui mancanza comporta, ai sensi del successivo art. 12, l’applicazione di

<sup>1</sup> Corte d’Appello Firenze, sentenza 23.12.2025, n. 2218. Il testo di tale sentenza è reperibile all’indirizzo: <https://www.doctrine.it/decisions/itca74lw758lrglo2jg>.



una sanzione amministrativa pecuniaria a carico di chiunque, in violazione di tale precetto, applichi le tecniche in questione.

Proprio quest'ultimo inciso – assolutamente centrale nella trattazione della tematica – evidenzia, per i profili di interesse, l'estrema opacità del testo legislativo. La disposizione *de qua*, infatti, nel richiedere la ricorrenza del requisito in esame ai fini dell'accesso alle tecniche di PMA, nulla dice in ordine al *tempus* di sua verifica. Essa, cioè, non chiarisce né consente di comprendere se tale requisito sia un presupposto dell'istanza, dell'avvio della procedura, ovvero debba persistere sino all'atto finale del trasferimento embrionale. Ne consegue un «monolite proibizionista» che svela la chiara ignoranza da parte del legislatore della natura frazionata dei percorsi di PMA, e perciò della diversa portata che il disposto in esame può assumere in relazione alle diverse fasi di cui tali percorsi si sostanziano. In particolare, se nella fase c.d. informativa, in cui i richiedenti sono resi edotti degli aspetti medici della procedura, ed in quella immediatamente successiva, in cui gli stessi sono chiamati a prestare il proprio consenso all'avvio del trattamento, è indubbia la necessaria contemporanea esistenza in vita di entrambi i soggetti, diversamente è a dirsi in relazione all'ultima fase, quella propriamente di avvio della procedura procreativa. In essa, infatti, è possibile discernere tre sotto-fasi: la iper-stimolazione, il prelevamento del materiale genetico e, infine, la formazione dell'embrione con il successivo impianto in utero. Proprio in ragione di tale scansione, ben diversa è la portata del disposto in esame, che – a seconda della fase in cui si registrerà il decesso del *partner* maschile della coppia – di fatto potrà tradursi in un divieto di prelevamento *post-mortem* dei gameti, ovvero di fecondazione *post-mortem* dei gameti già prelevati, oppure ancora di impianto *post-mortem* dell'embrione prodotto per effetto della fecondazione<sup>2</sup>.

Ed allora, nella consapevolezza che la «sciatteria» legislativa sul punto genera un vuoto di tutela per quelle situazioni in cui l'evento morte interviene *in itinere*, trasformando un progetto procreativo legittimo in un limbo giuridico intollerabile, è indubbia la necessità, propedeutica ad ogni altra considerazione, di chiarire la portata del dettato legislativo in esame. Con una precisazione: quale che ne sia l'interpretazione infine data, il disposto *de quo*, parimenti a molti altri divieti posti dal legislatore in materia, è facilmente eludibile. Non mancano, infatti, Stati, anche membri dell'UE<sup>3</sup>, in cui la legislazione è

<sup>2</sup> Il tema divide profondamente la dottrina, scissa in posizioni marcatamente disomogenee. Un primo orientamento, di impronta rigorista, postula l'inammissibilità di ogni tecnica di procreazione medicalmente assistita *post mortem*, ravvisandovi una insanabile antinomia con il canone del *best interest of the child*. Tale prospettiva muove dall'assunto che la *ratio* della l. n. 40/2004 risieda nella garanzia, in capo al nascituro, del diritto a una struttura familiare binaria, elevando la bigenitorialità a presupposto indefettibile della liceità del trattamento. Tale è l'orientamento di F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 37 ss., ripreso in giurisprudenza dalla Corte d'Appello di Ancona, 12 marzo 2018, in *Il Foro italiano*, 4(I), 2019, 1429 ss. Più permissivo, invece, è quell'orientamento che – in ragione delle preminenti esigenze di tutela della vita umana sin dalla sua formazione – ammette il solo impianto degli embrioni già fecondati dopo la morte del *partner*. Condividono tale orientamento C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIERO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, 184 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 198 ss.; e M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle discipline civilistiche, Aggiornamento*, III, 2, Torino, 2007, 1063 ss.

<sup>3</sup> Il riferimento, qui, è in particolare alla Spagna, che ha normato la materia a mezzo dell'art. 9 della Ley 14 giugno 2006, n. 14 (modificata dalla Ley 13 luglio 2015, n. 19). Al riguardo, vedi *infra*. Sul carattere permissivo di tale legge insiste, R.E. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita post mortem. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17 bis, 2022, 581, nella cui lettura dell'articolato normativo *de quo* «quella che

più permissiva, e tanti sono i cittadini italiani che, nel corso degli anni, ne hanno approfittato. E ciò non può non avere alcuna incidenza nella trattazione della tematica. Al contrario, essa finisce per segnare i successivi sviluppi della riflessione in argomento, nel corso della quale la questione della liceità o meno di tali tecniche pare, quasi naturalmente, destinata ad essere relegata sullo sfondo. In suo luogo, infatti, acquista corposità la necessità di interrogarsi sulla condizione giuridica del nato mediante processi di laboratorio, realizzati *post-mortem*. E ciò perché – come avvertono i supremi giudici di Cassazione – «qual-sivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di P.M.A. *post-mortem*, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso»<sup>4</sup>. Diversamente detto, «l'infelice formulazione dell'art. 5 l. n. 40 del 2004 pone all'interprete la necessità di "comprendere se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da 'controlimite' alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa».

### 3. La dialettica tra gli artt. 5, 6 e 14: alla ricerca di una sintesi ordinamentale

A fronte dei limiti di testo sopra denunciati, è evidente la necessità di una ricostruzione di senso del disposto in esame che passi attraverso un necessario raccordo sistematico dell'art. 5 con le ulteriori previsioni legislative incidenti in tema.

In questa prospettiva, certamente utile è il richiamo alla giurisprudenza, in particolare quella amministrativa, che – chiamata *more solito* a supplire alle carenze legislative – interviene sul punto già nel 2005<sup>5</sup>, e quindi nel 2008<sup>6</sup>. Nell'occuparsi di casi di decesso del *partner* maschile<sup>7</sup> della coppia intervenu-

---

nell'intenzione del legislatore spagnolo doveva costituire una norma eccezionale finisce per prevalere sulla regola generale».

<sup>4</sup> Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2019, 1117 ss., con nota di F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*; nonché in *Foro italiano*, I, 2019, 1951 ss., con nota di CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*.

<sup>5</sup> TAR Lazio, sez. III ter, 9 maggio 2005, n. 3452; TAR Lazio, sez. III ter, 23 maggio 2005, n. 4047.

<sup>6</sup> TAR Lazio, sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398.

<sup>7</sup> Nel senso che le fattispecie di p.m.a. *post mortem* riguarderebbero solamente casi di decesso del membro maschile della coppia, perché «la morte della donna comporterebbe l'inevitabile interruzione della procedura per l'impossibilità di eseguire l'impianto degli embrioni nell'utero materno», A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 531 ss. Analogamente, I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 952, sostiene che le ipotesi di fecondazione medicalmente assistita *post mortem* che rilevano sono esclusivamente quelle *ex latere patris*, giacché «*ex latere matris*, invece, la procreazione medicalmente assistita *post mortem*, indipendentemente dal lasso di tempo di verifica del decesso della donna – anteriore o successivo alla fecondazione dell'ovulo e, quindi, alla formazione dell'embrione – richiederebbe il ricorso a ben altra tecnica di PMA, la surrogazione di maternità, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 e severamente punita con il ricorso alla sanzione penale». Al contra-



to nel corso dell'applicazione delle tecniche di PMA – e precisamente dopo la fecondazione dell'ovocita, ma prima del trasferimento in utero dell'embrione così prodotto – i giudici del TAR concludono nell'individuare nella «fecondazione» il momento in cui si consuma quell'accesso alle tecniche a cui parametrare la ricorrenza dei requisiti soggettivi fissati dall'art. 5 l. n. 40/04. È proprio nell'esegesi di tale disposto, peraltro, che la giurisprudenza amministrativa – in antitesi rispetto a certa parte della dottrina – ne evidenzia, per i profili di interesse, le già menzionate criticità. Discostandosi da forzate interpretazioni di segno contrario<sup>8</sup>, atte ad avvalorare l'asserita compiutezza del dettato legislativo, il collegio giudicante, infatti, rileva che – fermo il contenuto delle norme definitorie (art. 5) ed incriminatrici (art. 12) – il testo della 40/04 palesa un'evidente lacuna con riferimento all'ipotesi in cui l'evento morte intervenga a procedimento iniziato, segnatamente dopo la formazione dell'embrione. La constatazione di tale «silenzio» non viene tuttavia declinata dai giudici in termini di un divieto implicito, bensì come una vera e propria aporia che impone un'integrazione di senso di matrice sistemica. In questa direzione, la forza precettiva dell'art. 6, co. 3, che sancisce l'irrevocabilità della volontà procreativa, e il dogma dell'intangibilità dell'embrione imposto dall'art. 14, co. 1, agiscono – a parere dei magistrati TAR – come fattori di relativizzazione delle contingenze del post-accesso. Ne deriva, perciò, un approccio ermeneutico in forza del quale, una volta intervenuta la fecondazione, la morte del *partner* maschile – al pari di una sua eventuale revoca del consenso – cessa di essere un fatto giuridicamente rilevante. Altrimenti detto, la sopravvenuta carenza della dimensione binaria della coppia non appare idonea a travolgere il progetto procreativo già in atto. Conseguentemente, essa non preclude alla donna il diritto di pretendere il trasferimento in utero dell'embrione, il cui destino, quindi, unitamente alla dignità della scelta genitoriale, viene sottratto alle derive di un vuoto normativo altrimenti declinato in senso meramente proibizionista.

Di sicuro pregevole nella prospettiva indicata, tale esegesi sconta tuttavia un'irrimediabile debolezza sistemica. L'aver fissato nella fecondazione il termine ultimo in cui rileva la volontà procreativa genera, infatti, un cortocircuito tra l'irrevocabilità del consenso (art. 6, co. 3) e la libertà di non procreare. Sicché, se da un lato, tale approccio tutela l'intangibilità dell'embrione (art. 14), dall'altro finisce per neutralizzare chirurgicamente la rilevanza di qualsiasi evento sopravvenuto, sia esso naturale (il decesso) o volontario (la revoca). Ne deriva una «cristallizzazione coatta» della volontà che ignora le criticità connesse non soltanto al venir meno del legame di coppia immediatamente dopo la formazione dell'embrione<sup>9</sup>, ma anche alle ipotesi in cui – ed è questo il nodo centrale che qui rileva – immediatamente prima dell'incontro dei gameti, il *partner* maschile della coppia muoia. Trascurando le fattispecie in cui la volontà procreativa non possa più essere confermata – o debba presumersi mutata – in ragione

---

rio, ritiene che la p.m.a. *post mortem* possa realizzarsi «tanto *ex latere patris* quanto [ ... ] *ex latere matris*, nel secondo caso facendo ricorso a pratiche di maternità surrogata» M. FACCIOLI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 2, che pure tuttavia è costretto ad ammettere che, nel secondo caso, per effetto del ricorso alla maternità surrogata, la fattispecie è naturalmente attratta «nell'area dell'illiceità tratteggiata in termini rigidi e assoluti dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004».

<sup>8</sup> In questo senso, C. PETTA, *Procreazione medicalmente assistita post mortem, status filiationis e diritti successori del nato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17, 2022, 1019.

<sup>9</sup> Su cui sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma, 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 75 ss.

di una morte sopravvenuta in fase antecedente alla fecondazione, la linea interpretativa seguita dai magistrati amministrativi presta il fianco al rischio di un sistema a «tutela intermittente», dove la dignità del progetto genitoriale e l'integrità psico-fisica della *partner* superstite restano ostaggio di una variabile temporale – la formazione dell'embrione – elevata a unico spartiacque tra il diritto alla genitorialità e il divieto assoluto, con evidenti ricadute sulla coerenza assiologica dell'intero impianto normativo.

#### 4. La fenomenologia del *post-mortem* nella prassi pretoria: a proposito del trasferimento in utero degli embrioni già prodotti e crioconservati

Le aporie che inficiano la ricostruzione dei giudici amministrativi non ne hanno tuttavia frenato la forza espansiva, tanto che tale impostazione è stata, successivamente, fatta propria anche dalla magistratura ordinaria. Solitamente, anzi, nell'alveo di tale giurisprudenza si è soliti annoverare, in termini di decisioni conformi, una pluralità di ordinanze rese da alcuni Tribunali italiani nell'arco di quasi un ventennio. Tuttavia, un'analisi rigorosa della fenomenologia giudiziaria impone un'indispensabile precisazione metodologica, onde evitare di appiattire sotto un'unica categoria fattispecie che presentano, in realtà, tratti morfologici e implicazioni assiologiche profondamente divergenti. Non tutte le decisioni comunemente additate come casi di procreazione *post-mortem* sono, a ben vedere, tali. In realtà, messa da parte l'ordinanza del Tribunale di Palermo<sup>10</sup> in quanto *ante legem*<sup>11</sup>, le due più risalenti ordinanze (quella cautelare e quella collegiale) del Tribunale di Bologna<sup>12</sup>, poiché aventi ad oggetto non l'uso dei gameti del *de cuius* a fini fecondativi *post-mortem*, ma la più complessa questione della natura giuridica dei gameti, della natura e titolarità dei diritti di cui possono essere oggetto, e delle modalità e dei limiti di loro circolazione<sup>13</sup>, e, relegata sullo sfondo anche la decisione del Tribunale di Reggio Emilia<sup>14</sup>, in ragione della sua

<sup>10</sup> Tribunale Palermo, ordinanza 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss., con note di A. MIRANDA, "Tragic choice" in Italy: brevi note in tema di esecuzione *post mortem* del contratto di procreazione medicalmente assistita; G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; e R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*. Ad annotare la decisione sono stati altresì G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 4 ss.; F.D. BUSNELLI, *Postilla*, *ivi*, 384 ss.; L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 231 ss.; ed E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 225 ss. In tema pure A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss.; E. QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in AA.Vv. (a cura di), *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 ss.; P. PERLINGIERI, F. PROSPERI, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, 890 ss.

<sup>11</sup> Il caso dedotto alla cognizione del giudice palermitano viene infatti deciso alla luce di quanto al tempo disposto in materia dalle norme del codice deontologico medico. Proprio perché previsto soltanto da una norma deontologica – e, specificamente, dall'art. 11 del Codice nazionale di autoregolamentazione della PMA del 02 novembre 1998 – il divieto di eseguire l'impianto dell'embrione crioconservato dopo la morte di un *partner* – a detta dei giudici – non vale a giustificare il rifiuto opposto da un centro medico alla richiesta di una donna vedova di procedere al trasferimento in utero degli embrioni crioconservati ottenuti in provetta, quando il marito era ancora in vita, dall'unione dei gameti di entrambi i coniugi.

<sup>12</sup> Tribunale di Bologna, ordinanza cautelare 21 maggio 2014; ordinanza collegiale 16 gennaio 2015.

<sup>13</sup> Nel caso di specie, infatti, la donna avanza richiesta di trasferimento in utero degli embrioni crioconservati dopo la morte del marito e a distanza di sedici anni da un precedente trattamento, conclusosi nell'aprile del 1996 (*ante*





incidenza su un caso solo all'apparenza analogo a quelli di cui si sta trattando<sup>15</sup>, ai fini della trattazione della specifica problematica oggetto d'indagine l'analisi deve muovere dall'ordinanza del Tribunale di Bologna del 2018<sup>16</sup>. La vicenda giudicata concerne una coppia coniugata approdata, nel 2016, a un percorso di P.M.A. di tipo eterologo con donazione di ovociti, all'esito del quale venivano prodotti tre embrioni, di cui due soprannumerari. Sopraggiunto il decesso del marito nel 2018, la donna, a fronte del rifiuto opposto dalla struttura ospedaliera di procedere al trasferimento degli embrioni crioconservati, adiva l'autorità giudiziaria. Certamente, la peculiarità della vicenda risiede nel ricorso alla fecondazione eterologa, profilo che il Tribunale dichiara preliminarmente privo di rilievo ostativo alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale n. 162/2014<sup>17</sup>. A rilevare, però, sono soprattutto le argomentazioni con le quali il giudice bolognese – messo per la prima volta direttamente a confronto con le criticità connesse alla genitorialità *post-mortem*, e costretto a misurarsi con la tenuta degli artt. 5 e 6 della l. n. 40/2004 dinanzi a un progetto procreativo rimasto orfano di uno dei suoi protagonisti – decide il merito della questione. Il Tribunale, infatti, argomenta l'accoglimento della pretesa giudiziaria sulla scorta di coordinate ermeneutiche di stringente logicità, volte innanzitutto a escludere categoricamente che gli embrioni in esame possano configurarsi come «abbandonati». Al difetto dei presupposti tipici di cui al D.M. 4 agosto 2004<sup>18</sup>, si affianca infatti la prova granitica di un'inequivocabile volontà procreativa, desumibile tanto dal primo tentativo esperito nel gennaio 2018 quanto dalla successiva e ferma istanza di trasferimento inoltrata dalla ricorrente. La rilevanza di tale persistente volontà trova il proprio ancoraggio normativo in una valorizzazione sistematica delle linee guida del 2008 e del 2015, dalle quali il giudice ricava il diritto incondizionato della donna a ottenere l'impianto degli embrioni crioconservati non abbandonati, senza limiti temporali o soggettivi. È proprio in questo solco che si innesta la distinzione tra feconda-

*legem*). Stante l'anteriorità del decesso del coniuge (2011) rispetto alla pretesa avanzata dalla donna, il caso si presenta ben diverso da quello (più pacifico nella sua definizione) in cui la morte del marito avviene nel corso dell'applicazione del trattamento di PMA. Sicché, si tratta di stabilire se la domanda della signora rientri nell'ambito di applicazione della l. n. 40/2004. Sul punto, in riforma della decisione cautelare, il Tribunale di Bologna rileva che, avendo i coniugi reso nel 2010 una dichiarazione con la quale avevano manifestato l'interesse alla conservazione degli embrioni già venuti ad esistenza, in vista del futuro impianto, doveva escludersi che essi versassero in stato di «abbandono». Inoltre, avendo i coniugi avuto accesso alla procedura di PMA prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, deve darsi applicazione alle Linee Guida del Ministero della Salute, in forza delle quali «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti».

<sup>14</sup> Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 18 aprile 2015, inedita.

<sup>15</sup> La coppia protagonista della vicenda dedotta alla cognizione del Tribunale di Reggio Emilia accedeva alla PMA nel 2102, quindi dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, e perciò nella vigenza del divieto di procreazione *post mortem*. Grazie al ricorso alle nuove metodiche procreative, la coppia produceva tre embrioni che venivano crioconservati. Successivamente, due di questi venivano impiantati, ma senza successo. Sopraggiunta la morte dell'uomo, la donna chiedeva all'ente ospedaliero di procedere comunque all'impianto dell'ultimo embrione. Vistasi opporre un netto rifiuto, la donna proponeva ricorso al Tribunale ex art. 700 c.p.c. Nell'aprile 2015 l'istanza veniva accolta, sul presupposto che: «Nell'ipotesi di embrioni crioconservati ottenuti con consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente sia deceduto, gli articoli 5 e 12 non costituiscono limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni».

<sup>16</sup> Tribunale di Bologna, ordinanza 25 agosto 2018.

<sup>17</sup> Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>18</sup> D.M. (Salute), 4 agosto 2004 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 200 del 26.08.2004.

zione e impianto: una linea di demarcazione che appare ormai determinante nella risoluzione di tali vicende. Il Tribunale chiarisce infatti che il divieto di cui all'art. 5 deve ritenersi circoscritto alla sola fecondazione *post-mortem*, risultando invece del tutto inapplicabile al trasferimento di embrioni già formati prima del decesso del *partner*. In tale scenario, la tutela della vita potenziale dell'embrione assurge a valore preminente, imponendo la prosecuzione di un *iter* giunto ormai al suo stadio definitivo. Tuttavia, tale ricostruzione – per quanto coerente nell'ancorare la liceità della procedura al dato cronologico della formazione embrionale – sembra ancora risentire di una certa staticità, limitandosi a presupporre la persistenza del consenso senza tuttavia interrogarsi sulla sua effettiva attualità al momento dell'evento luttuoso.

È solo con la successiva pronuncia del Tribunale di Lecce del 2019<sup>19</sup> che il mosaico elaborato in via pretoria, al fine di dare copertura a casi lasciati dal legislatore privi di tutela, acquista una profondità nuova, smarcandosi da una lettura meramente formale del dato normativo. Il caso – concernente una donna che, all'indomani della morte del marito avvenuta nel corso di un trattamento di PMA, chiedeva il trasferimento degli embrioni già prodotti e crioconservati – costringe nuovamente il giudicante a misurarsi con la tenuta degli artt. 5 e 6 della l. n. 40/2004 dinanzi a un progetto procreativo la cui continuità è messa in discussione dal decesso del *partner* maschile della coppia. Questa volta, però, tale pretesa, sebbene speculare nel contenuto a quella già decisa dal giudice bolognese – trattandosi per l'appunto di una richiesta di trasferimento di embrioni crioconservati *post-mortem* – viene giudicata dal giudice salentino con una sensibilità diversa, tale da evitare possibili derive proibizioniste. Entrando nel merito, infatti, il Tribunale salentino esclude *in primis* qualsiasi antinomia tra la pretesa attorea e il paradigma normativo dell'art. 6 l. n. 40/04. A giudizio dell'adita autorità, una volta avutasi la fecondazione dell'ovulo, deve ritenersi del tutto irrilevante ogni profilo circa la permanenza o meno del consenso alla PMA da parte del coniuge poi deceduto. L'irrevocabilità della volontà procreativa, legalmente ancorata al momento della formazione embrionale, cristallizza infatti un impegno che sopravvive alla stessa dimensione biologica del disponente. E tale conclusione trova autorevole riscontro sistematico nelle linee guida in tema<sup>20</sup>, e nel diritto da esse riconosciuto alla donna di ottenere, sempre, il trasferimento degli embrioni crioconservati<sup>21</sup>. Sotto altro, ma concorrente profilo, il giudice salentino nega altresì che la

<sup>19</sup> Tribunale di Lecce, ordinanza 21 – 24 giugno 2019. A commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com); A. SCALERA, *Procreazione assistita dopo la morte del marito: legittimo l'impianto degli embrioni crioconservati*, in <https://www.altalex.com/quotidiano-giuridico>.

<sup>20</sup> Si ricordi che, ai sensi dell'art. 7, co. 3, l. n. 40/04: «il Ministero della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita». A dare attuazione a tale disposto sono stati, in ordine di tempo: D.M. (Salute), 21 luglio 2004 n. 15165, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004; D.M. (Salute), 11 aprile 2008 n. 31639, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008; e D.M. (Salute), 1° luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 161 del 14 luglio. Più recentemente, è stato adottato il D.M. (Salute), 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 107 del 09 maggio 2024.

<sup>21</sup> Già le linee guida adottate con D.M. 21 luglio 2004 contenevano – nella parte riguardante «crioconservazione degli embrioni: modalità e termini» – l'affermazione secondo cui «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Tale previsione torna nel D.M. (Salute), 11 aprile 2008, cit., e quindi nel





pretesa giudizialmente avanzata possa dirsi in contrasto con il requisito della compresenza in vita di entrambi i *partner* della coppia di cui all'art. 5, circoscrivendone la verifica al solo istante genetico della fecondazione. In questa prospettiva, la persistenza del requisito oltre tale stadio viene neutralizzata da una lettura assiologicamente orientata: il combinato disposto tra il riconoscimento della soggettività *in fieri* (art. 1) e il divieto assoluto di soppressione embrionaria (art. 14) converge nel configurare un diritto soggettivo della donna alla prosecuzione dell'*iter* della PMA. L'impossibilità per il *partner* di revocare il consenso post-fecondazione, unitamente alla garanzia del trasferimento intrauterino offerta dalle linee guida in tema, sancisce così il primato della tutela della vita nascente e dell'autodeterminazione femminile su una lettura asfittica del dato normativo, conducendo all'ineludibile accoglimento della domanda. Tuttavia, il pregio dell'ordinanza non risiede solo in questo pur rigoroso coordinamento normativo. Il Tribunale di Lecce, infatti, non si arrocca nel rassicurante automatismo dell'art. 6, co. 3, né si limita a proclamare l'irrevocabilità *ex lege* del consenso. Al contrario, esso sposta l'asse del ragionamento sul piano dell'effettività, indagando, in sede istruttoria, la persistenza e l'attualità della volontà del *partner* scomparso fino al momento del decesso. Tale passaggio è decisivo: verificando che la scelta del *de cuius* non avesse subito scossoni o ripensamenti, il Tribunale trasforma la «cristallizzazione» della volontà da fredda finzione legale a viva conferma di un progetto esistenziale condiviso. E tale conferma, saldando indissolubilmente il progetto genitoriale condiviso alla tutela della soggettività *in fieri* (art. 1) e all'inderogabile divieto di soppressione dell'embrione (art. 14), radica in capo alla donna un vero e proprio diritto soggettivo alla prosecuzione dell'*iter*: il trasferimento in utero si spoglia così della veste di mera opzione medica per assumere quella di approdo giuridicamente vincolato, volto a dare attuazione a una volontà-responsabilità che la morte ha reso definitiva. In quest'ottica, l'integrità psico-fisica della *partner* superstite e la tutela dell'embrione non trovano fondamento in un obbligo di legge, ma nel compimento di un desiderio genitoriale che l'istruttoria ha confermato essere rimasto intatto. Il primato dell'autodeterminazione viene così riscattato da una lettura asfittica del dato normativo, elevando il consenso da mero requisito di liceità a cuore pulsante della legittimità dell'intero *iter* procreativo.

Senza arrestarsi dinanzi alle strettoie del dato testuale con cui è chiamata a confrontarsi, la giurisprudenza in esame perviene in questo modo ad una *reductio ad unitatem* delle aporie letterali dell'art. 5, individuando nel momento della fecondazione – e dunque nella manifestazione del consenso ex art. 6, co. 3 – il discrimine temporale oltre il quale la presenza in vita di entrambi i *partner* della coppia cessa di essere un requisito di liceità. Muovendo dal presupposto che la volontà di accedere alle tecniche si consolidi e si perfezioni irreversibilmente con l'unione dei gameti, tale ricostruzione conduce a qualificare l'evento morte successivo come un fatto giuridicamente neutro, inidoneo a travolgere un consenso ormai irretrattabile, e perciò incapace di ostacolare la prosecuzione dell'*iter* di PMA sulla base della sola istanza della donna, la quale agisce in forza di un progetto genitoriale già cristallizzato. A ben vedere, la morte del padre in questa fase integra una situazione speculare a quella che si determinerebbe in caso

---

D.M. (Salute) 1° luglio 2015, cit., a proposito dei «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni (art. 14, legge n. 40/04)»: «[...] 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».

di decesso del genitore dopo un concepimento naturale<sup>22</sup>: una contingenza che, pur privando il nato della figura paterna, non ha mai autorizzato l'ordinamento a precludere la nascita. Pertanto, alla donna deve riconoscersi la piena legittimazione a esigere l'impianto dell'embrione crioconservato, azionando, ove necessario, la tutela giurisdizionale per riscattare il proprio diritto da indebite inerzie delle strutture sanitarie.

Quest'approdo ermeneutico trae linfa da una gerarchia assiologica chiara: il dogma della tutela dell'embrione, che permea l'intera architettura della l. n. 40/2004, assurge a valore preminente rispetto al pregiudizio, meramente eventuale, derivante dall'assenza della figura paterna. Il sacrificio di una vita già formata e dell'autodeterminazione femminile non può trovare giustificazione nel fantasma di una genitorialità «incompleta». La chiarezza del dato normativo di riferimento – segnatamente l'art. 7 del D.M. 1° luglio 2015, la cui valenza precettiva è corroborata dal rinvio operato dalla fonte legislativa<sup>23</sup> – blinda infine tale posizione, sancendo il diritto della donna a ottenere «sempre» il trasferimento degli embrioni, preservando così la stabilità del progetto procreativo contro ogni automatismo proibizionista derivante dal decesso prematuro del *partner*.

#### 4.1. (Segue): il nodo della fecondazione *post-mortem* dei gameti già prelevati: tra autodeterminazione individuale e rigore legislativo

La tenuta delle coordinate ermeneutiche finora esposte subisce tuttavia una violenta sollecitazione laddove l'evento morte del *partner* maschile preceda la formazione dell'embrione. Se, infatti, sull'ammissibilità dell'impianto in utero *post-mortem* sembra ormai convergere un solido orientamento, non appena si passa alla fecondazione attuata a séguito del decesso, la linearità interpretativa fin qui seguita si spezza. Venuto meno il «dogma» dell'intangibilità della vita in fieri – che nelle fattispecie precedenti agiva come formidabile motore dell'accoglimento – la riflessione cede il passo a ricostruzioni molto più articolate, costringendo l'interprete a misurarsi con le esigenze di tutela della volontà dell'aspirante genitore in assenza di un substrato biologico già esistente. Quantunque praticata con il consenso del *partner*<sup>24</sup>, la fecondazione *post-mortem* ha infatti da sempre destato non poche perplessità in dottrina, stante il limite della sopravvivenza della coppia richiesto dalla l. n. 40/2004.

Sul punto, peraltro, non è dato rinvenire, a livello giurisprudenziale, approdi capaci di comporre il contrasto o di superare il rigore del dato normativo. Anche perché, storicamente, la casistica giurisprudenziale ha faticato a contare al suo interno decisioni immediatamente incidenti sul tema. Se, infatti, si analizzano le pronunce generalmente annoverate tra quelle a mezzo delle quali, anche nel nostro Paese, si è sviluppato il dibattito sulla fecondazione *post-mortem* si noterà, abbastanza facilmente, che oggetto delle stesse non è l'uso dei gameti del *de cuius* a fini fecondativi *post-mortem*, ma la loro natura giuridica, la

<sup>22</sup> In questo senso, C. PETTA, *op. cit.*, 1023; e già prima G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2005, 104; e G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 265.

<sup>23</sup> In effetti, come già chiarito dal Tribunale di Bologna, ordinanza 25 agosto 2018, cit., le linee guida sono state emesse in applicazione dell'art. 7 della l. n. 40/2004. Ne consegue, quindi, che esse «debbono essere qualificate non come una autonoma fonte sub-legislativa, ma come norma di rango primario, fatta propria, tramite la tecnica del rinvio, dalla stessa fonte legislativa. Ne consegue che la disciplina dalle stesse introdotta prevale, in forza del principio di specialità, sulla normativa generale di cui alla l. n. 40/2004».

<sup>24</sup> Al riguardo, I. BARONE, *op. cit.*, 960, per il quale la morte avvenuta prima della fecondazione dell'ovulo determina il venir meno del consenso al trattamento.



natura e titolarità dei diritti di cui essi possono essere oggetto, e le modalità e i limiti della loro circolazione<sup>25</sup>. Emblematico precursore di tale filone è quello inaugurato dai giudici capitolini nel giugno 2013<sup>26</sup> a mezzo dell'ordinanza con cui – in accoglimento della richiesta dei genitori del defunto di ottenere la consegna del seme del figlio nella loro qualità di eredi – equiparano il materiale biologico a una *res patrimoniale trasmissibile mortis causa*, qualificata alla stregua di una vera e propria «reliquia» affettiva suscettibile di un diritto di proprietà. Si tratta, tuttavia, di nodi problematici rispetto ai quali le posizioni progressivamente assunte dai magistrati di merito sono risultate, nel tempo, assolutamente disomogenee. Osteggiate, infatti, in sede cautelare<sup>27</sup>, da provvedimenti volti a negare la *traditio* del materiale biologico al coniuge superstite – sul presupposto che né la volontà testamentaria, né la persistenza del consenso procreativo potessero derogare ai requisiti soggettivi d'accesso o scardinare il divieto di fecondazione *post-mortem* – le istanze di parte ricorrente trovano invece accoglimento in esito al reclamo<sup>28</sup> deciso dallo stesso Tribunale di Roma. Passando, infatti, da una lettura meramente statica del requisito della compresenza in vita di entrambi i *partner* della coppia ad una prospettiva funzionale, capace di riconoscere nel consenso alla crioconservazione un atto di autodeterminazione procreativa irrevocabile e destinato a sopravvivere alla morte del disponente, il Collegio scardina il rigore dell'art. 5 l. n. 40/2004 elevando la stabilità del progetto genitoriale a bene giuridico preminente. Ne consegue, perciò, la salvezza delle ragioni della *partner* superstite nel dare compimento a una scelta esistenziale condivisa, la cui interruzione forzata risulterebbe irrimediabilmente lesiva della sua integrità psico-fisica. Tuttavia, l'apprezzabile sforzo ricostruttivo del Collegio romano, pur se animato da una condivisibile istanza di coerenza sistemica, non ha saputo cristallizzarsi in un orientamento univoco, né tantomeno definitivo. Il fragile equilibrio raggiunto tra autonomia privata e divieti normativi è stato infatti prontamente incrinato da successive pronunce di merito che, ripiegando su un rigido ossequio al tenore testuale della l. n. 40/2004, hanno riportato il dibattito alle più stringenti conclusioni della prima fase cautelare capitolina<sup>29</sup>. In tal senso si pone la decisione del Tribunale di Modena<sup>30</sup>, la quale, nel negare il diritto della ve-

<sup>25</sup> Il rilievo è di R.E. DE ROSA, *op. cit.*, 586, che, alla nota n. 19, rinvia, ai fini di un approfondimento di tali problematiche, a E. GIUSTI, *Il lascito testamentario dei gameti. A will of gametes*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4, 2019, 1279 ss., nonché ad A. GALASSO, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 4, 2001, 911 ss.

<sup>26</sup> Tribunale di Roma, ordinanza 28 giugno 2013, n. 14146, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2016, 139 ss., con nota di D. FARACE, *Proprietà dei gameti umani e successione mortis causa*. Assolutamente critico nei riguardi di tale pronuncia è L. DANI, *Continuità degli affetti, procreazione medicalmente assistita post mortem e destinazione postuma delle cellule riproduttive*, in M. CALDIRONI, S.P. PERRINO (a cura di), *The family (r)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Modena, 2025, 227 ss., spec. 229. Per lo studioso, infatti: «la mutazione della destinazione del seme da unità procreativa a “reliquia” del defunto – e dunque la presunta rilevanza affettiva di tale entità – non pare poterne giustificare la consegna agli eredi, perché tale conversione si scontra con le regole che governano l'uso e la circolazione dei gameti. Infatti, il regime di circolazione di tali entità – e, più in generale, dei campioni biologici umani – si fonda sul c.d. principio di finalità, per il quale le possibilità di disposizione e d'impiego dei gameti sono limitate a ciò di cui la persona sia stata adeguatamente informata e per cui abbia espresso il proprio consenso libero e specifico – purché, naturalmente, si tratti di impieghi rispettosi della natura del bene e dei limiti imposti dalla legge».

<sup>27</sup> Tribunale di Roma, ordinanza 19 novembre 2018; nonché ordinanza 21 dicembre 2018.

<sup>28</sup> Tribunale di Roma, ordinanza 06 maggio 2019.

<sup>29</sup> Sulla fragilità del quadro giurisprudenziale e sulle forzature ermeneutiche a cui è costretta la giurisprudenza di merito in materia, v. S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 239.

<sup>30</sup> Tribunale di Modena, sentenza 08 maggio 2020, n. 532.

dova ad ottenere la consegna dei campioni di materiale biologico dopo il decesso del *partner* al fine di procedere alla fecondazione *post-mortem*, ha ribadito l'insuperabilità dei requisiti soggettivi d'accesso, confermando come il vuoto di certezze in materia continui a risolversi, nella prassi, in un sacrificio del progetto genitoriale dinanzi al tenore letterale dell'art. 5.

A corroborare la tenuta dei limiti legislativi nazionali è d'altronde intervenuta la giurisprudenza della Corte EDU. I giudici di Strasburgo hanno infatti escluso che l'alveo di tutela dell'art. 8 CEDU possa spingersi fino a censurare il diniego opposto dalle autorità francesi all'esportazione di gameti ed embrioni del *partner* defunto, confermando la piena legittimità di discipline interne orientate a precludere le pratiche procreative postume<sup>31</sup>.

In questo frastagliato panorama, una più recente ordinanza del Tribunale di Roma<sup>32</sup> pare tuttavia aprire un possibile snodo almeno sul terreno dell'autonomia privata di stampo testamentario. Il Giudice capitolino, infatti, superando le rigide preclusioni della prima fase cautelare e ponendosi in ideale continuità con l'approccio interpretativo inaugurato in sede di reclamo nel 2019, qualifica i gameti crioconservati come beni dotati di un «particolare statuto giuridico», nettamente distante da logiche puramente proprietarie, e governati dal principio di finalità e dalla centralità del consenso informato<sup>33</sup>. Riconoscendo piena efficacia alla disposizione di ultima volontà con cui il *partner* ha destinato i propri gameti alla convivente *more uxorio*, il Tribunale opera una fondamentale scissione concettuale tra la fase «neutra» della restituzione del materiale biologico (ritenuta pienamente legittima in forza del titolo testamentario) e quella, solo successiva ed eventuale, del suo concreto utilizzo procreativo, arginando così le aporie sistematiche derivanti da una lettura preclusiva della l. n. 40.

Sebbene non direttamente incidenti nell'ambito tematico oggetto d'indagine, i casi giudiziari appena accennati sono tutt'altro che poco significativi. Al contrario, essi dimostrano come la definizione dello statuto dei gameti sia in grado di riverberarsi direttamente sulla tenuta stessa dei divieti posti dalla l. n. 40/2004. È infatti indubbio che – laddove al coniuge superstite venga riconosciuta la possibilità di ottenere la restituzione dei gameti del defunto – il progetto di genitorialità ben potrà essere realizzato all'estero, ove ciò è consentito, trasformando così la disputa sulla natura dei gameti nel grimaldello per aggirare, in via mediata, il divieto nazionale.

#### 4.1.1. Dalla responsabilità procreativa allo *status filiationis* nella giurisprudenza di legittimità: la lezione della Cassazione (sent. n. 13000/2019)

Né l'ipotesi ora prospettata pare possa dirsi inattuale e residuale, come dimostra un fondamentale intervento della Corte di Cassazione<sup>34</sup>. La vicenda dedotta nell'occasione all'attenzione della suprema ma-

<sup>31</sup> Corte Edu, sez. V, 14 settembre 2023, *Baret e Caballeto c. Francia*, nn. 2296/20 e 37138/20.

<sup>32</sup> Tribunale di Roma, ordinanza 27 settembre 2025.

<sup>33</sup> Principi, questi, secondo i quali «il consenso che legittima l'utilizzo e la disposizione dei campioni biologici spiega efficacia limitatamente all'utilizzo del quale il soggetto sia stato reso edotto e per il quale abbia espresso la propria autorizzazione»; così Tribunale di Roma, ordinanza 27 settembre 2025, cit. In dottrina, sulla rilevanza in ambito del principio di finalità, L. DANI, *op. cit.*, 229.

<sup>34</sup> Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, in *Corriere giuridico*, n. 6/2020, p. 748 ss., con nota di D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*. Ulteriori commenti di tale decisione sono stati offerti da A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione post mortem*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4, 2019, 1614 ss.; M. FACCIOLI, *La condizione giuridica del sogget-*



gistratura di legittimità italiana è anzi paradigmatica della necessità di definire tal genere di problematiche a mezzo di soluzioni conformi ai principi e ai valori che informano l'ordinamento unitariamente considerato, soprattutto evitando di sacrificare, irragionevolmente, gli interessi del minore, che – come noto – deve essere congruamente tutelato in tutti i procedimenti che lo riguardano. Una coppia decide di sottoporsi alle tecniche di P.M.A. L'uomo, dopo aver scoperto di essere affetto da una grave malattia terminale, reitera in forma scritta il proprio consenso, autorizzando la moglie all'utilizzo del proprio seme crioconservato, al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio della fecondazione omologa *post-mortem*. A distanza di meno di un anno dalla morte del marito, la donna si reca in Spagna al fine di attuare tale programma genitoriale; quindi, tornata in Italia, dà alla luce una bambina. In seguito al rifiuto dell'ufficiale dello Stato civile italiano di iscrivere la paternità della minore nel relativo atto di nascita, essendo decorsi più di trecento giorni dalla morte dell'uomo, la donna – in proprio e nella qualità di genitore esercente la responsabilità genitoriale sulla minore – propone ricorso ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000. Si noti che la principale questione sottoposta, nell'occasione, all'attenzione della Corte non è relativa alla legittimità o meno della pratica (posto che la stessa ha avuto luogo in un Paese in cui, a certe condizioni, risulta consentita), bensì il possibile riconoscimento dello *status filiationis* per mezzo della tradizionale disciplina codicistica (artt. 231<sup>35</sup> e 232<sup>36</sup> c.c.) ovvero dello specifico regime dell'art. 8<sup>37</sup> l. n. 40/2004 che lega l'attribuzione di tale stato al consenso espresso dalla coppia ad accedere alla P.M.A.<sup>38</sup>. Sul punto, prendendo le distanze da differenti e più rigide impostazioni dottrinali – atte a negare l'idoneità della l. n. 40/04 ad escludere l'applicazione delle norme codicistiche in tema di genitorialità e di filiazione<sup>39</sup> – la Suprema Corte sancisce la riferibilità del disposto dell'art. 8, in tema di *status* giuridico

*to nato da procreazione assistita post mortem*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 1282 ss.; D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 27 ss.; F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2019, 1117 ss.

<sup>35</sup> Ex art. 231 c.c. (Paternità del marito): «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

<sup>36</sup> In base all'art. 232 c.c. (Presunzione di concepimento durante il matrimonio): «Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente».

<sup>37</sup> In forza di tale disposizione: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

<sup>38</sup> Non si tratta di una questione meramente teorica, «giacché il ricorso alla disciplina dettata dal codice civile o quella della l. n. 40 del 2004, condurrebbe, in caso di fecondazione *post mortem*, a esiti completamente diversi»; così C. PETTA, *op. cit.*, 1025, cui si rimanda per una puntuale disamina delle conseguenze connesse all'applicazione delle norme codicistiche ovvero del dettato legislativo dell'art 8 l. n. 40/04. In tema, altresì R.E. DE ROSA, *op. cit.*, 593 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, secondo un primo e più tradizionale orientamento, fermo nel ritenere possibile l'applicazione delle regole codicistiche anche alla filiazione da PMA, la nascita di un figlio a seguito di fecondazione *post-mortem* oltre i termini di cui all'art. 232 c.c. avrebbe reso necessario, ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione nei riguardi del *de cuius*, la proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità ex art. 276 c.c.; in questo senso, U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 496 ss.; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 523 ss.

del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA, anche ai casi di fecondazione omologa *post-mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato il consenso all'accesso a tali tecniche, senza averlo poi revocato, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione, avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto; «ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre»<sup>40</sup>.

Spostando il fulcro del proprio ragionamento dalla liceità dell'atto procreativo alla forza precettiva da riconoscere al consenso prestato in vita, la Cassazione non si limita semplicemente a chiarire che, sebbene la fecondazione *post-mortem* resti un'operazione vietata entro i confini nazionali, tale illiceità non può in alcun caso tradursi in una sanzione a carico e danno del nato. Piuttosto, elevando la «genitorialità intenzionale» a criterio guida, precisa definitivamente che il consenso informato, in quanto libera assunzione di responsabilità procreativa nei riguardi di colui che verrà alla luce, «è il fondamento dello stato di figlio»<sup>41</sup>, a prescindere dal fatto che il trattamento finalizzato a consentirne la nascita sia stato attivato quando uno dei genitori era già defunto.

L'art. 8 della l. n. 40/2004 viene così letto come una norma speciale e autonoma rispetto al sistema delle presunzioni codicistiche (artt. 231 e 232 c.c.). Mentre il codice civile rimane ancorato a una concezione biologica e temporale del concepimento – che mal si concilia con le dilatazioni temporali permesse dalla crioconservazione degli embrioni prodotti a mezzo della PMA – la normativa speciale valorizza la «volontà/responsabilità» di essere genitori. In tal modo, il progetto genitoriale, una volta cristallizzato nel consenso, sopravvive alla morte del disponente, imponendo il riconoscimento del legame di filiazione come atto di giustizia verso il minore, il cui preminente interesse non può soccombere di fronte al rigore di un divieto amministrativo o penale rivolto alle strutture sanitarie. Così come non può soccombere rispetto ad un asserito diritto alla bigenitorialità<sup>42</sup> la cui garanzia – sebbene integri un'opzione legislativa assolutamente legittima<sup>43</sup> – non costituisce un obbligo costituzionalmente imposto<sup>44</sup>.

---

Secondo altra dottrina, invece, dalle posizioni meno rigide, la nascita del figlio dopo i 300 giorni non avrebbe impedito l'operatività della presunzione di paternità in presenza di una rigorosa prova quanto al concepimento in costanza di matrimonio, sempre che, nel frattempo, la donna non avesse contratto nuove nozze; così, M. SESTA *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 1409 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 331 ss.

<sup>40</sup> Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, cit. Sulla riferibilità di tale soluzione a tutte le ipotesi di procreazione *post-mortem*, R.E. DE ROSA, *op. cit.*, 593 ss., cui si rimanda.

<sup>41</sup> «[...] uno stato che origina non dalla generazione, ma dalla scelta, della volontà/responsabilità di essere genitori»; così G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2021, 653.

<sup>42</sup> Per A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011, 173 ss., il diritto alla doppia figura genitoriale non avrebbe alcun fondamento costituzionale. Conseguentemente, la morte del *partner* non potrebbe impedire la continuazione della procedura. A favore del riconoscimento di tale diritto si sono invece espressi: T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, 22 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, 100 ss.; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, 130 ss.; G. ASCALONE, L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale, prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1989, 36 ss.

<sup>43</sup> Corte costituzionale, sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentenza 16 maggio 1994, n. 183, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).





#### 4.2. (Segue): sul prelievo *post-mortem* dei gameti

Se la riflessione fin qui condotta si è concentrata sulla sorte di un materiale biologico già distaccato dal corpo (embrioni o gameti crioconservati), una frontiera ancor più estrema e problematica è rappresentata dalla possibilità di prelievo di gameti direttamente dal cadavere. In tali ipotesi, infatti, la questione, investendo il rapporto tra l'autodeterminazione procreativa e il rispetto dovuto alla salma, spinge l'interprete a chiedersi se il progetto genitoriale possa legittimare un'invasione della corporeità ormai priva di vita.

Il nodo gordiano della questione risiede nella difficile qualificazione giuridica dei gameti nel momento in cui gli stessi devono essere prelevati dal corpo del *partner* ormai privo di vita. Se, nel caso di gameti già crioconservati prima del decesso, la giurisprudenza inizia faticosamente a scorgere un progetto genitoriale che ne giustifichi l'utilizzo, nel caso del prelievo *ex post* di campioni biologici del *partner* defunto il dibattito si complica ulteriormente. Ci si deve infatti chiedere se il seme debba essere trattato alla stregua di un qualunque tessuto organico – soggetto ai vincoli di indisponibilità del corpo *post-mortem* e al sentimento di pietà verso i defunti – o se esso conservi quella carica di personalità che lo sottrae alla disciplina delle *res* per consegnarlo al dominio dell'autodeterminazione procreativa.

La casistica giurisprudenziale, pur scarsa, evidenzia la criticità del punto di equilibrio, ed attesta una tendenza assolutamente restrittiva.

Si pensi alla vicenda — paradigmatica nella sua tragicità — del coniuge in stato di coma vegetativo, per il quale il padre, in qualità di tutore, chiedeva l'autorizzazione ad esprimere il consenso alla PMA, previa ricostruzione della volontà del disponente. E ciò al fine di consentire alla moglie di quest'ultimo di portare a compimento il comune progetto genitoriale mediante l'utilizzazione del liquido seminale prelevato al marito<sup>45</sup>. Nell'occasione, il riconoscimento della natura strettamente personale e non surrogabile del consenso ai sensi dell'art. 6 l. n. 40/2004 determina il fermo rigetto della domanda. Il Tribunale conferma così l'impossibilità di una «ricostruzione indiziaria» di un atto di autodeterminazione così profondo, ancorando la posizione di chiusura non solo al dato letterale dell'art. 5, ma a una concezione statica e sacrale del cadavere, inteso come «bene» sottratto alla disponibilità privata.

Tuttavia, un tale orientamento, sebbene comprensibile nell'ottica di scongiurare derive eugenetiche o appropriazioni indebite del materiale genetico altrui, presta il fianco a non poche critiche laddove si scontri con una volontà del defunto non solo certa, ma formalmente inoppugnabile. Sarebbe infatti da chiedersi cosa accadrebbe se la volontà di procedere al prelievo dei gameti dopo la morte non fosse affidata a una mera intenzione orale o a ricostruzioni indiziarie, bensì cristallizzata in un atto pubblico o in un testamento.

La risposta a tale interrogativo, però, è oggi chiaramente condizionata dagli orientamenti ad ora prevalenti in tema di fecondazione *post-mortem* dei gameti già crioconservati; ambito, questo, in cui — come precedentemente evidenziato — la quasi totalità della giurisprudenza di merito ha finora opposto un fermo diniego alle istanze delle vedove volte ad ottenere la consegna del materiale biologico del *partner*. In questo senso, la cronaca giudiziaria evidenzia come — pur a fronte di progetti procreativi documentati e consensi solennemente prestati in vita — prevalga nelle aule di giustizia una lettura rigorosamente letterale della l. n. 40, tale da erigere il requisito della compresenza in vita dei *partner* a dogma

<sup>45</sup> Tribunale di Vigevano, ordinanza 03 giugno 2009, in *Il Diritto di famiglia e delle successioni*, 2009, 1847 ss.

insuperabile, e sacrificare, così, la volontà del disponente sull'altare di un formalismo che svuota di ogni efficacia l'autodeterminazione procreativa del soggetto.

A fronte di tali arresti, appare allora lecito chiedersi se un simile approccio non finisca per tradursi in una forma di paternalismo di Stato che, ignorando le manifestazioni di volontà più solenni, lede il diritto del singolo di disporre della propria «eredità biologica». D'altronde, una volta assunto il consenso informato quale «fondamento dello stato di figlio» – secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità – risulta poi arduo giustificare la negazione di una pari forza legittimante a un consenso altrettanto solenne volto all'atto tecnico del prelievo. In particolare, appare lecito dubitare della coerenza di un sistema che scelga di accordare tutela al progetto genitoriale di chi ha avuto la possibilità di crioconservare i gameti in vita e negare pari dignità a colui che, pur avendo espresso la medesima volontà in forme solenni, sia stato colto da una morte improvvisa.

## 5. Oltre il limite della compresenza in vita: la lezione del modello spagnolo

In tale prospettiva, appare allora necessario verificare se una possibile sintesi tra rigore formale e tutela della volontà non possa rintracciarsi in modelli regolatori che, come quello spagnolo<sup>46</sup>, hanno inteso risolvere la *querelle*, ancorando la legittimità dell'impiego *post-mortem* dei gameti crioconservati a una cristallizzazione della scelta procreativa in forme solenni.

Ferma l'espressa contrarietà alla pratica in questione, il sistema spagnolo, diversamente da quello italiano, non conosce solo il rigore di una regola che esclude la possibilità di determinare ovvero riconoscere effetto o relazione giuridica tra il nato da tecniche di PMA e il defunto marito o convivente della gestante, laddove la fecondazione non si sia realizzata in epoca anteriore alla data di apertura della successione<sup>47</sup>. Al contrario, esso oppone a tale previsione, contenuta nella disposizione di apertura dell'art. 9, un'importante deroga. I commi immediatamente successivi<sup>48</sup>, infatti, prevedono che il coniuge (ovvero il convivente) possa prestare il consenso, in un atto pubblico ovvero in un testamento, all'utilizzo del proprio materiale riproduttivo entro dodici mesi dell'apertura della sua successione.

In ragione di tanto, quello spagnolo si atteggia come un modello di equilibrio, meritevole di emulazione, in quanto capace di offrire una risposta coerente alle aporie che ancora affliggono l'ordinamento interno. Grazie a tale impostazione, la protezione della genitorialità cessa di essere ostaggio della casualità del decesso: il ricorso a forme solenni permette, infatti, di dare continuità a un progetto che la morte può interrompere fisicamente, ma che la legge ha il dovere di riconoscere come giuridicamente fondato. In tale prospettiva, allora, valorizzare la solennità dell'atto pubblico o del testamento non rappresenterebbe un mero ossequio al formalismo, bensì lo strumento ineludibile per sottrarre l'autodeterminazione del singolo all'arbitrio del caso o alle alterne fortune della casistica giurisprudenziale.

<sup>46</sup> Ley 14 giugno 2006, n. 14 (modificata dalla Ley 13 luglio 2015, n. 19), cit.

<sup>47</sup> Art. 9, co. 1, Ley 14 giugno 2006, n. 14 (modificata dalla Ley 13 luglio 2015, n. 19), cit.

<sup>48</sup> Art. 9, co. 2, 3, Ley 14 giugno 2006, n. 14 (modificata dalla Ley 13 luglio 2015, n. 19), cit.

