



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GOINEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

# POSTHUMOUS ASSISTED REPRODUCTION

**Dr. Marco Rizzuti**

Postdoctoral Researcher at the University of Florence, Italy  
Habilitation Professor of Private Law

[marco.rizzuti@unifi.it](mailto:marco.rizzuti@unifi.it)

*The content of this document represents the views of the author only and it is his/her sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.*

This Project is implemented by Coordinator



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE  
DSG  
DIPARTIMENTO DI  
SCIENZE GIURIDICHE

Partners



ELTE LAW  
FACULTY OF LAW



UNIVERSITAT  
ID VALÈNCIA

Centro de  
Direito da  
*Família*



Fondazione  
Italiana  
del Notariato



Associazione Avvocati  
Matrimonialisti Italiani  
Sezione Distrettuale di Firenze



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GOINEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

# LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

**Dr. Marco Rizzuti**

Investigador postdoctoral en la Universidad de Florencia, Italia  
Profesor Titular acreditado de Derecho Privado

[marco.rizzuti@unifi.it](mailto:marco.rizzuti@unifi.it)

*The content of this document represents the views of the author only and it is his/her sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.*

This Project is implemented by Coordinator



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE  
DSG  
DIPARTIMENTO DI  
SCIENZE GIURIDICHE

Partners



ELTE LAW  
FACULTY OF LAW



VNIVERSITAT  
ID VALÈNCIA

Centre de  
Dret de  
*Família*



Fondazione  
Italiana  
del Notariato



Associazione Avvocati  
Matrimonialisti Italiani  
Sezione Distrettuale di Firenze

## ANCIENT ASPIRATIONS...

Since ancient times, several juridical tools have been utilized in order to give a legal descendant to a deceased person who didn't procreate during his life:

- *Niyoga* in ancient Indian Law: for merely altruistic reasons a man impregnates a widow and then the new-born is deemed to be the deceased husband's son and heir (see *Mahabharata, Adi Parva, 105*).
- *Yibbum*, or Levirate, in ancient Jewish Law: the deceased husband's brother (Hebrew *go'el*) must marry the widow and their first son is deemed to be the deceased's son and heir (see *Genesis, 38, 8-10; Deuteronomy, 25, 5-10; Ruth, 4, 13-17*).
- Testamentary Adoption in ancient Roman Law: a man is adopted as son and heir after the death of the adopter, in force of the provisions contained in the latter's will.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

## ASPIRACIONES ANTIGUAS...

Desde la antigüedad, se han utilizado varios instrumentos jurídicos para dar descendencia legal a una persona fallecida que no procreó durante su vida:

- *Niyoga* en la antigua ley india: por razones meramente altruistas, un hombre fecunda a una viuda y luego se considera que el nacido es hijo y heredero del marido fallecido (véase *Mahabharata, Adi Parva*, 105).
- *Yibbum*, o Levirato, en la antigua ley judía: el hermano del marido fallecido (en hebreo *go'el*) debe casarse con la viuda y se considera que su primer hijo es hijo y heredero del difunto (véase *Génesis*, 38, 8-10; *Deuteronomio*, 25, 5-10; *Ruth*, 4, 13-17).
- Adopción testamentaria en la antigua ley romana: un hombre es adoptado como hijo y heredero después de la muerte del adoptante, en virtud de las disposiciones contenidas en el testamento de este último.



## ...AND MODERN TECHNIQUES

Today analogous results can be achieved through assisted reproductive technologies, and so posthumous procreation is no more a legal fiction, but a biological reality:

- A cryopreserved embryo can be implanted in his/her mother's uterus after the death of the genetic father, or in a surrogate mother's uterus after the death of the genetic one.
- Cryopreserved gametes can be utilized for a fertilisation after the death of one of the genetic parents, or potentially of both of them (for instance genetic grandparents can even utilize their predeceased child's gametes and implant the embryo in a surrogate's uterus).
- Gametes can be retrieved from the corpse of a deceased person, within a few hours after the death, in order to be fertilised.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

## ...Y TÉCNICAS MODERNAS

Hoy en día, se pueden lograr resultados análogos gracias a tecnologías de reproducción asistida, por lo que la procreación póstuma no es ya una ficción legal, sino una realidad biológica:

- Un embrión crioconservado se puede implantar en el útero de la madre después de la muerte del padre genético, o en el útero de una madre subrogada después de la muerte de la madre genética.
- Los gametos crioconservados se pueden utilizar para una fertilización después de la muerte de uno de los padres genéticos, o potencialmente de ambos (por ejemplo, los abuelos genéticos pueden incluso utilizar los gametos de su hijo fallecido e implantar el embrión en el útero de una madre subrogada).
- Los gametos se pueden extraer del cadáver de una persona fallecida, unas horas después de la muerte, para poder ser fecundados.



# REPRODUCTIVE TECHNOLOGY CHALLENGES THE LAW

These new techniques pose new legal problems. In countries with a wider experience of posthumous assisted reproduction, such as U.S.A. or Israel, an interesting case law has been developed:

- A famous American precedent (California 2<sup>nd</sup> District Court Appeal, 17<sup>th</sup> June 1993, Hecht vs. Kane, 20 Cal.Rptr.2d 275): a man bequeaths his semen as a legacy to his lover, and appoints as his universal heir the child that she will have to procreate using this semen in a post mortem fertilisation; the legitimate children of the deceased challenge the validity of such a testament, but they lose the case.
- In many other cases the judges have had to decide if the person born from a post mortem fertilisation could be considered as heir of the deceased, or as beneficiary of a family trust for the descendants, or as entitled to survivors' pensions, etc.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

# LA TECNOLOGÍA REPRODUCTIVA DESAFÍA LA LEY

Estas nuevas técnicas plantean nuevos problemas legales. En países con una experiencia más amplia de reproducción asistida póstuma, como Estados Unidos o Israel, se desarrolló una interesante jurisprudencia:

- Un famoso precedente estadounidense (Tribunal de Apelación del segundo distrito de California, 17 de junio de 1993, Hecht vs. Kane, 20 Cal.Rp.2.2 275): un hombre lega su semen a su amante, y nombra heredero universal al niño que ella tendrá que procrear usando este semen en una fertilización post mortem; los hijos legítimos del difunto impugnan la validez de tal testamento, pero pierden la causa.
- En muchos otros casos, los jueces han tenido que decidir si la persona nacida de una fecundación post mortem podría ser considerada como heredera del fallecido, o como beneficiario de un fideicomiso familiar para los descendientes, o como titular de pensiones de supervivencia, etc.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020



# THE STATE OF THE ART IN EUROPE

EU Member States have different rules on posthumous assisted reproduction:

- In Germany and France posthumous assisted reproduction is forbidden (respectively *Embryonenschutzgesetz*, 13<sup>th</sup> December 1990, § 4, and *Loi* 29<sup>th</sup> July 1994, n. 654)
- In Italy statutory law forbids gametes' post mortem fertilisation (*Legge* 19<sup>th</sup> February 2004, n. 40, art. 5), but, on the other hand, some judges have considered posthumous embryos' implantation to be licit (Trib. Bologna, 16<sup>th</sup> January 2015).
- In Spain post mortem fertilisation is possible only if the deceased father has consented and the gametes are used within 12 months after his death (*Ley*, 26<sup>th</sup> May 2006, n. 14, art. 9), while oocytes cannot be used after the mother's death because surrogacy is illicit. Retrieval from corpse is forbidden too.
- In Greece the deceased father's testament consenting to post mortem fertilisation has to be a notarial deed, whilst an holographic will is not enough for this purpose (*Αστικός Κώδικας*, art. 1457).



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

# EL ESTADO ACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Los Estados de la UE tienen diferentes reglas sobre la reproducción asistida póstuma:

- En Francia y Alemania la reproducción asistida póstuma está prohibida (*Loi* 29 de julio de 1994, n. 654; *Embryonenschutzgesetz*, 13 de diciembre de 1990, § 4).
- En Italia, la ley prohíbe la fertilización post mortem de gametos (*Legge*, 19 de febrero de 2004, n.º 40, artículo 5), pero, por otro lado, algunos jueces han considerado lícita la implantación póstuma de embriones (Trib Bolonia, 16 de enero 2015).
- En España, la fertilización póstuma solo es posible si el padre fallecido la ha consentido y su material genético se usa dentro de los 12 meses siguientes a su muerte (*Ley*, 26 de mayo de 2006, n. 14, art. 9), mientras que los ovocitos no pueden utilizarse después de la muerte de la madre porque la subrogación es ilícita. La recuperación de gametos del cadáver está prohibida también.
- En Grecia, el testamento que autoriza la fecundación póstuma debe ser una escritura notarial, mientras que un hológrafo no es suficiente (*Αστικός Κώδικας*, art. 1457).



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

## CROSS BORDER CASES

Therefore, people sometimes tries to realize abroad what is forbidden at home:

- German judges recognized that a widow owns the cryopreserved ootids injected with her deceased husband's semen when he was alive (*OLG Rostock*, 7<sup>th</sup> May 2010), and then she brought these ootids abroad and implanted them in her uterus.
- French judges authorized the Spanish widow of an Italian resident to export his cryopreserved gametes to her country where post mortem fertilisation is licit (*Conseil d'État*, 31<sup>st</sup> May 2016). Another judgement authorized also a French widow to do the same, regardless of her nationality, but just to protect her fundamental right to private and family life (Trib. adm. Rennes, 11<sup>th</sup> October 2016 ).
- Italian judges denied to a widow any right on her deceased husband's cryopreserved gametes, and stated that the latter's holograph testament, authorizing a post mortem fertilisation to be realized abroad, was void, and so deprived of legal effects, because of its contrast with statutory provisions and public morals (Trib. Firenze, May 2017).



# CASOS TRANSFRONTERIZOS

Por lo tanto, alguien intenta lograr en el extranjero lo que está prohibido en su casa:

- Los jueces alemanes (*OLG Rostock*, 7 de mayo de 2010) reconocieron una viuda como dueña de los óvulos criopreservados fecundados con el semen de su marido cuando el estaba vivo, y posteriormente ella los trasladó al extranjero y los implantó en su útero.
- Los jueces franceses autorizaron a la viuda española de un residente italiano a exportar los gametos criopreservados a España donde la fertilización póstuma es lícita (*Conseil d'État*, 31 de mayo de 2016). Otra sentencia autorizó a una viuda francesa a hacer lo mismo, independientemente de su nacionalidad, pero solo para proteger su derecho fundamental a la vida privada y familiar (Trib. Adm. Rennes, 11 de octubre de 2016).
- Los jueces italianos negaron a la viuda cualquier derecho sobre los gametos criopreservados del marido fallecido, declarando que su testamento ológrafo que autoriza una fertilización post mortem en el extranjero es nulo y desprovisto de efectos jurídicos, por ser contrario a la ley y la moral (Trib. Florencia, mayo de 2017).



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

## SOME OUTSTANDING ISSUES

Other problems have still to be discussed, taking into consideration also the provisions of EU Successions Regulation:

- Let's assume that our Italian widow finds a way to bring her husband's gametes to Spain. If his testament authorizing post mortem fertilisation abroad is really void, can it be used in Spain as a valid proof of the deceased's consent? According to article 24 of the Regulation its substantial validity seems to be under Italian law, but a Spanish judge may state that the fundamental reproductive right of the woman has to prevail for public policy reasons, in accordance with article 35.
- Moreover, let's hypothesize that, after a post mortem fertilisation realized abroad, the child comes back to e.g. Germany, France or Italy and claims his predeceased father's assets. Can we consider him an heir? If posthumous assisted reproduction contrasts with the public policy of the forum, this filiation couldn't be recognised, but an opposite evaluation can be reasonably based on the fundamental criterion of the child's best interests. In other words we cannot punish the innocent child because of his illicit birth.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

## ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS

Deben discutirse otros problemas, teniendo en cuenta también las disposiciones del Reglamento sobre las Sucesiones de la Unión Europea:

- Supongamos que nuestra viuda italiana encuentra una forma de llevar los gametos de su marido a España. Si el testamento que autorizaba la fertilización póstuma en el extranjero es nulo, ¿puede utilizarse en España como prueba del consentimiento del fallecido? Según el artículo 24 del Reglamento, su validez sustancial parece estar sujeta a la ley italiana, pero un juez español podría afirmar que el derecho de la mujer a procrear debe prevalecer por razones de orden público, de conformidad con art. 35.
- Además, supongamos que, después de una fertilización post mortem desarrollada en el extranjero, el niño regresa, por ejemplo, a Alemania, Francia o Italia y reclama la herencia de su padre. ¿Podemos considerarlo un heredero? Si la reproducción asistida póstuma contrasta con el orden público del foro, esta filiación no podría ser reconocida, pero una evaluación opuesta podría basarse razonablemente en el criterio del interés superior del niño. En otras palabras, no podemos castigar al niño inocente a causa de su nacimiento ilícito.



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

- However, to which extent can we use this argument against internal prohibitions and regulations in the matter of assisted reproduction? What if the testament consenting to post mortem fertilisation turns out to be false, or the gametes are even stolen and brought to an extra-EU country where no consent is required? Maybe in every case the child will have the fundamental right to know about his/her genetic origins, but not always the recognition of a legal filiation, with all its inheritance law effects, will be necessarily acceptable.

I hope that these, and other, questions can be deepened in the forthcoming debate.

**Thank you very much for your kind attention**



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020

- Sin embargo, ¿hasta qué punto podemos usar este argumento contra las prohibiciones y regulaciones internas en materia de reproducción asistida? ¿Qué sucede si el testamento que autorizaba la fertilización post mortem resulta ser falso, o los gametos son incluso robados y llevados a un país extra-europeo donde no se requiere el consentimiento del fallecido? Tal vez en cualquier caso el niño tendrá el derecho fundamental de conocer sus orígenes genéticos, pero no siempre el reconocimiento completo de una filiación legal, con todos sus efectos heredados, será necesariamente aceptable.

Espero que estas y otras preguntas puedan profundizarse en el próximo debate.

**Muchas gracias por su amable atención**



GOVERNING INHERITANCE STATUTES  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF EU SUCCESSION REGULATION



This Project is funded  
by the European Union's  
Justice Programme 2014-2020