

А.А. Петров

К ВОПРОСУ О СУПЕРПРЕЦЕДЕНТАХ ВЕРХОВНОГО СУДА СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

Исследуется вопрос о суперпрецедентах Верховного Суда США, под которыми понимаются такие решения, которые не будут пересмотрены в будущем, несмотря на то, что Верховный Суд принципиально вправе отменять свои прецеденты. Рассматривается история дискуссии по этой проблеме. Выявляются признаки и приводятся примеры суперпрецедентов, представлена их возможная классификация с точки зрения роли в правовой системе. Сделан вывод о возможности перенесения дискуссии о суперпрецедентах на российскую почву, прежде всего – в связи с деятельностью Конституционного Суда.

Ключевые слова: источники права; правовая система США; прецедентное право; *stare decisis*; Верховный Суд США; судебный прецедент; суперпрецедент; судебная система

Одной из фундаментальных черт правовой системы Соединенных Штатов Америки, традиционно относящейся к англо-саксонской правовой семье, является признание и широкое применение судебного прецедента в качестве источника права. У. Бернам в своей фундаментальной работе по основам права США пишет, что «в системе общего права нормоустанавливающие судебные решения по конкретным делам являются источником права и в совокупности составляют “прецедентное право” (*caselaw*)». Таким образом, судебные решения в США служат не только средством разрешения возникших в прошлом споров. Если судебное решение по конкретному делу создает “прецедент” (*precedent*), то это решение приобретает юридическую силу на будущее» [1. С. 105–106]. Е.А. Петрова верно отмечает, что появление качественно новых сфер правового регулирования существенно повышает роль статутного (писаного) права в американской правовой системе [2. С. 140], однако «проникновение» судебного прецедента также и в эти сферы – лишь вопрос времени.

Понимание судебного прецедента, сложившееся в США, не в полной мере совпадает с представлениями, которые сформировались об этом явлении в Великобритании – стране, которая является исторической родиной прецедентного права. В частности, американские суды в значительно меньшей степени связаны собственными решениями, чем британские, что обусловлено двумя принципиальными обстоятельствами: множественностью судебных юрисдикций в США, где федеральная судебная система существует наряду с самостоятельными судебными системами каждого штата, и наличием в США Конституции – кодифицированной и жесткой с точки зрения порядка изменения. Последнее обстоятельство обуславливает, с одной стороны, более частое обращение американских судов к рассмотрению конституционно-правовых по своему содержанию и значению вопросов, а с другой – их большую гибкость в обращении с собственными прецедентами [3. С. 37–39; 4. С. 317–318]. Если в Великобритании Палата лордов, которая до учреждения Верховного Суда Соединенного Королевства выполняла высшей судебной инстанции страны, только в 1966 г. объявила, что более не считает себя связанной своими прежними решениями и вправе отклоняться от них, «когда это представляется правиль-

ным» [5], то Верховный Суд США никогда не был абсолютно связан своими собственными прецедентами [6. С. 379, 385].

Вместе с тем основой признания судебного прецедента источником права в США – так же, как и в Великобритании – является принцип *stare decisis* (от латинского выражения «*stare decisis et non quieta movere*», т.е. «стоять на решенном и не нарушать спокойствие»). Этот принцип означает, что если суд ответил на поставленный перед ним вопрос, то на этот же вопрос в рамках других дел должен даваться такой же ответ от того же суда или нижестоящих судов той же судебной системы [7. С. 308]. В литературе отмечается, что иногда между понятиями «*stare decisis*» и «прецедент» проводится содержательное разграничение [8. С. 1016], однако для целей настоящей статьи достаточным является понимание принципа *stare decisis* как методологического основания для признания судебного прецедента источником права Соединенных Штатов.

Судебная система, действующая на основе принципа *stare decisis*, имеет ряд важных достоинств. Одним из них является стабильность и предсказуемость судебной практики. *Stare decisis* дает возможность людям принимать решения и планировать поведение с уверенностью в том, что юридические нормы, на которые они опираются, не будут изменены ретроактивно, что привело бы к признанию неправомерности их действий; следовательно, юристы могут давать советы своим клиентам с разумной степенью уверенности в том, что определенные действия приведут к определенным последствиям [9. С. 57]. В этом смысле заслуживает внимания следующая достаточно экстравагантная точка зрения Л. Брандейса (судья Верховного Суда США с 1916 по 1939 г.): «*Stare decisis* – мудрая политика, поскольку по большинству вопросов более важно, чтобы подлежащее применению правило было установлено, чем чтобы оно было установлено верно» [10]. Э. Кони Барретт также подчеркивает, что если суд разрешил дело и опубликовал свое решение по нему, стороны в последующих делах могут обсуждать вопрос о применимости состоявшегося ранее решения к их делам, но, как правило, не могут обсуждать его правильность [8. С. 1017].

Реализация доктрины *stare decisis* способствует сокращению масштабов судебного усмотрения. По

словам одного из отцов-основателей Конституции США А. Гамильтона, «чтобы избежать произвольного усмотрения в судах, необходимо, чтобы они были связаны строгими правилами и прецедентами, которые служат для определения и указания их обязанностей в каждом конкретном деле, рассматриваемом ими... Если мы признаем ценность стабильности и определенности, то выбор судьи должен быть ограничен тем, как разрешены предшествующие дела» [11]. С этим тесно связана другая ценность *stare decisis*, а именно способность данного принципа обеспечивать и укреплять независимость судебной власти, авторитет судов в глазах общества. Следование прецеденту свидетельствует о том, что суд не подвержен влиянию политической конъюнктуры или собственных пристрастий и, согласно распространенному в дискуссиях об американской судебной власти выражению, «не законодательствует со скамьи» [12. С. 370].

Судья Верховного Суда США Б. Кардозо обособленно подчеркивает значимость *stare decisis* для оптимизации судебного процесса; по его словам, юристы и судьи последующих поколений не перепроверяют то, что уже было решено, «так же, как большинство из нас не перепроверяют астрономические и физические истины» [13. С. 47].

Принцип *stare decisis* действует и исследуется в двух аспектах – вертикальном и горизонтальном [2. С. 149–150]. Вертикальное действие *stare decisis* означает обязанность нижестоящих судов следовать прецедентам, созданным вышестоящим судом по аналогичным делам. Соединенные Штаты Америки – федеративное государство, в котором одновременно действуют как общенациональная (федеральная) судебная система, так и судебные системы в каждом из 50 штатов, в округе Колумбия и на неинкорпорированных территориях (Американские Виргинские острова, Американское Самоа, Гуам и пр.). Соответственно, в силу вертикального *stare decisis* решения Верховного Суда США обязательны для всех федеральных судов, к которым относятся федеральные районные суды первой инстанции, апелляционные суды округов и некоторые другие федеральные судебные органы, учрежденные Конгрессом посредством принятия специальных законов. Решения апелляционного суда округа обязательны для нижестоящих федеральных судов, действующих в пределах территории соответствующего апелляционного округа (но не других апелляционных округов). Аналогично решения верховного суда штата обязательны для нижестоящих судов, входящих в судебную систему данного штата (но не других штатов), а решения апелляционных судов штатов обязательны для нижестоящих судов штатов, действующих на территории юрисдикции соответствующего апелляционного суда.

Согласно Конституции США, по всем делам, касающимся послов, других официальных представителей и консулов, а также по делам, в которых штат является стороной, Верховный Суд обладает первоначальной юрисдикцией (т.е. выступает в качестве суда первой инстанции); по всем другим делам, когда согласно Конституции, осуществляется судебная власть Соединенных Штатов, Верховный Суд обладает апел-

ляционной юрисдикцией по вопросам как права, так и факта с такими исключениями и в соответствии с теми правилами, которые установлены Конгрессом (ч. 2 раздела 2 ст. III Конституции США) [14]. В настоящее время Верховный Суд США рассматривает жалобы на решения федеральных апелляционных судов округов, Апелляционного суда США по делам вооруженных сил, Верховных судов Пуэрто-Рико и Виргинских островов, Апелляционного суда округа Колумбия, а также на окончательные судебные решения, вынесенные высшими судами штатов [15].

Таким образом, конституционный статус и компетенция Верховного Суда США предопределяют высшее место его решений в системе прецедентного права Соединенных Штатов. Решения Верховного Суда оказывают сквозное влияние на развитие не только собственно судебной практики, но и законодательства в США, поскольку Верховный Суд в рамках рассмотрения отнесенных к его компетенции дел вправе осуществлять судебный контроль конституционности федеральных законов [16] и законов штатов [17] и признавать их неконституционными в случае их несоответствия Конституции США. В ряде случаев решения Верховного Суда становились поводами для принятия поправок к Конституции США [18; 19. С. 28, 44]. Вполне естественно, что деятельность Верховного Суда и его судей постоянно находится в центре внимания не только юридических научных, но и общественно-политических кругов.

Однако, несмотря на высочайший авторитет, которым пользуется Верховный Суд США, на практике – в том числе и перед нижестоящими судами – нередко возникают вопросы о действии и применимости его решений, о возможности и необходимости отмены отдельных созданных им прецедентов. В связи с этим обращает на себя жесткость позиции, которую занимает Верховный Суд США по вопросу о праве нижестоящих судов отклоняться от прецедентов, им созданных. В частности, в решении по делу *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* он указал следующее: «Если прецедентное решение [Верховного] Суда непосредственно применимо к делу, хотя и представляется основанным на доводах, отклоненных в других решениях, апелляционный суд должен следовать такому решению, оставляя [Верховному] Суду прерогативу отменять его собственные решения» [20]. Дополнительных развернутых аргументов в поддержку столь жесткого подхода Верховного Суда против права нижестоящих судов отклоняться от его прецедентов в указанном решении не приводится. Более того, даже судья Верховного Суда Стивенс, который выступил по делу с особым мнением (т.е. он не был согласен с решением по существу) подверг позицию нижестоящих судов критике, указав – также без развернутой аргументации – что она представляет собой пример «неоправданного судебного активизма». Следует заметить, что нижестоящий суд в этом деле не просто решил отклониться от прецедентного решения высшей судебной инстанции – он столкнулся с ситуацией наличия различных несогласующихся между собой решений Верховного Суда США и вынужден был, по существу, делать между ними выбор. Верхов-

ный Суд, однако, не стал делать скидку на это обстоятельство [9. С. 52–67].

Следует отметить, что в литературе предпринимаются заслуживающие пристального внимания попытки обосновать право нижестоящих судов отклоняться от решений Верховного Суда США [21]. Один из таких аргументов вытекает как раз из особенностей дела *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* и состоит в том, что если Верховный Суд США принимает решение, в котором подвергает сомнению собственный более ранний прецедент, то у нижестоящего суда (который подчинен Верховному Суду США исходя из уникального конституционного статуса последнего) возникает проблема выбора – какому решению подчиниться? Высказывалось мнение, что в такой ситуации нижестоящий суд «вне сомнений» должен следовать более позднему решению Верховного Суда [9. С. 83]. Как бы то ни было, эти идеи не влияют на реальность, которая состоит в том, что в американской правовой системе решения Верховного Суда связывают нижестоящие суды при рассмотрении и разрешении аналогичных дел. Невозможно реалистично ожидать, что такое положение вещей изменится.

Что касается действия принципа *stare decisis* по горизонтали, то оно состоит в связанности суда собственными ранее вынесенными решениями по аналогичным делам. Горизонтальное действие *stare decisis* в США является существенно менее жестким, чем вертикальное, на что неоднократно обращал внимание Верховный Суд США. Например, в решении по делу *Planned Parenthood v. Casey* [22], в рамках которого ставился вопрос об отмене знаменитого решения Верховного Суда по делу *Roe v. Wade* [23], легализовавшего на всей территории США конституционное право женщин на аборт, указано, что «решение об отмене прецедента должно опираться на особые основания, стоящие выше убеждения, что решение по предыдущему делу было неверным», и пересмотр прецедента требует чего-то большего, чем «нынешняя склонность решить дело иначе». В деле *Smith v. Allwright* Верховный Суд отметил, что он не чувствует себя обязанным следовать прецеденту, если приходит к убеждению, что им была совершена ошибка [24]. В решении по делу *United States v. United Mine Workers* признается, что «даже данный суд может сказать свое последнее слово только на какое-то ограниченное время. Он не состоит из непогрешимых людей и может ошибаться... Суд могут просить о пересмотре его решения, и такие просьбы время от времени были успешными в течение всей его истории» [25].

Несмотря на то, что Верховный Суд США, как видно из приведенных высказываний, достаточно осторожно подходит к вопросу о возможности пересмотра или отмены им собственных решений, такие случаи имеют место достаточно регулярно, и их количество исчисляется сотнями [26]. В настоящее время нет сомнений, что Верховный Суд может отменять, отменяет и будет отменять ранее созданные прецеденты, когда сочтет это необходимым [27. С. 1460]. В публикациях, посвященных этой теме, отмечается, что горизонтальный принцип *stare decisis*

рассматривался американскими судами в большей степени как практическое правило, чем как жесткое веление [28. С. 1361]. При этом если в конце XVIII в., когда история Верховного Суда США только начиналась, накопленный массив его прецедентов был небольшим, а вероятность доктринальной несовместимости между ними была низкой, то теперь темпы развития общества и технологий резко возросли, что объективно повышает вероятность возникновения ситуаций, в которых Верховный Суд будет вынужден рассматривать вопросы о судьбе своих прецедентов.

В контексте горизонтального действия доктрины *stare decisis* в научной (а с определенного момента – и в политической) среде США обсуждается вопрос о пределах власти Верховного Суда над создаваемыми им прецедентами, а именно о возможности существования «суперпрецедентов», т.е. таких решений Верховного Суда, которые не могут быть пересмотрены.

Понятие суперпрецедента было впервые предложено профессорами Р. Познером и У. Ландесом в 1976 г. В их статье, которая касалась оценки значения прецедентов путем подсчета частотности их цитирования, отмечалось, что суперпрецедент настолько эффективен в определении требований закона, что сам по себе предотвращает возникновение юридических споров или, если они возникают, создает условия для их разрешения без судебного разбирательства. В конечном итоге такой «суперпрецедент» может никогда не быть процитирован в апелляционном судебном решении, но иметь при этом большее прецедентное значение, чем наиболее часто цитируемые судебные акты [29. С. 249, 251].

Термин «суперпрецедент» (точнее, его синоним – супер-*stare decisis*) был повторно введен в оборот в 2000 г. судьей Апелляционного суда Четвертого округа М. Люттигом, который в решении по делу *Richmond Med. Ctr. v. Gilmore* указал (имея в виду решение по делу *Roe v. Wade*) следующее: «В моем понимании Верховный Суд [США] намеревался придать своему решению по делу *Planned Parenthood v. Casey* статус супер-*stare decisis* в отношении фундаментального права женщины принимать решение о том, продолжать или нет свою беременность. И я также полагаю, что это понимание было не просто подтверждено, но усилено недавним решением Суда по делу *Stenberg v. Carhart*» [30]. Хотя судья Люттиг не предпринял попытки дать определение суперпрецеденту, он, как видно из приведенного фрагмента, выделил некоторые его признаки, по которым можно сформулировать общее представление о содержании рассматриваемого понятия (устойчивость судебного решения в течение длительного времени – 19 лет между решениями *Roe v. Wade* и *Planned Parenthood v. Casey*, а также прямо выраженное в решении по делу *Stenberg v. Carhart* [31] нежелание Верховного Суда США пересматривать сформулированные им правовые позиции по вопросам абортов).

Наибольший импульс обсуждению темы суперпрецедентов придало – и придает – обсуждение кандидатур на должности судей Верховного Суда в комитете Сената США по судебной власти. Учитывая заикленность американских политических кругов на

деле *Roe v. Wade* и изложенных в нем конституционных подходов Верховного Суда к вопросу об абортах, неудивительно, что именно решение по этому делу особенно сильно интересует сенаторов с точки зрения возможного признания его суперпрецедентного значения. В пользу такого признания выдвигался ряд аргументов, а именно устойчивость этого решения, несмотря на многочисленные попытки добиться его отмены, сложившиеся и сохраняющиеся в течение длительного времени общественные представления и ожидания относительно права женщин на аборт. Дж. Робертс (ставший в 2005 г. председателем Верховного Суда США) и С. Аливо, несмотря на активные попытки сенаторов, так и не сформулировали четкого отношения к вопросу о суперпрецедентах, хотя Дж. Робертс отметил, что отдельные решения Верховного Суда Соединенных Штатов могут иметь повышенную прецедентную ценность, отметив в этой связи решения по делам *Marbury v. Madison* и *Brown v. Board of Education* [12. С. 403–410; 32].

Очередной раунд дискуссии о суперпрецедентах начался в связи с выдвижением на должность судьи Верховного Суда США Э. Кони Барретт, которая достаточно обстоятельно исследовала эту тему в своих научных работах еще до начала собственной судейской карьеры [33]. В частности, она определяет суперпрецеденты как решения, которые никакой судья не пересмотрит, даже будучи несогласным с его правотолковательными основаниями, в том числе из опасения вызвать хаос [34. С. 1734]. При этом Э. Кони Барретт особо подчеркивает, что свое значение суперпрецеденты приобретают не из самой по себе доктрины *stare decisis*, а из восприятия их как ценности независимо от того, что они возникли именно как продукт деятельности судебной системы; соответственно, действие суперпрецедентов не оспаривается в судах, а даже если такие попытки и предпринимаются, то ни один суд не воспримет их всерьез – во всяком случае, в отсутствие явных признаков того, что рушится общественный консенсус по поводу соответствующего суперпрецедента [34. С. 1735]. Близкое мнение в отечественной юридической науке высказано А. Гринько и К. Жариновым, которые полагают, что прецедентное право происходит не от конституционной либо законодательной воли, а от персонифицированной воли судейского сообщества, обязывающей каждого из своих участников, и от воли третьих лиц, не являющихся участниками данного судебного спора, но признающих обязательность прецедента как правила, которое будет применено к ним в случае возможного разбирательства [35. С. 113].

Хорошим примером в этом отношении выступает знаменитое решение Верховного Суда США по делу *Marbury v. Madison*, в котором Верховный Суд признал за собой функцию судебного конституционного контроля, т.е. право оценивать соответствие законов Конституции США и признавать такие законы неконституционными. Верховный Суд опирается на это решение всякий раз, когда рассматривает вопрос о конституционности закона, и в этом смысле сложно не согласиться с М. Синклером в том, что это решение имеет значение парадигмы, для отказа от которой

нужны столь значительные изменения в социально-правовой культуре, что это уже не будут Соединенные Штаты Америки [12. С. 400]. По образному выражению М. Герхардта, суперпрецедент отражает то, что можно считать святынями американского конституционного права [36. С. 1207]. Соответственно, если решение достигает статуса суперпрецедента, его судьба больше не находится в руках Верховного Суда [34. С. 1736; 37. С. 665]; это, в свою очередь, означает, что суд не может поднять то или иное решение до уровня суперпрецедента собственными заявлениями по этому поводу [38. С. 152–153]. Отмена доктрин, сформулированных в суперпрецедентных решениях, противоречит базовым ценностям конституционализма [39. С. 1180–1181].

Исследователи предпринимают попытки сформулировать признаки суперпрецедентов, которые выделяют их из общего массива судебных решений. По мнению Э. Кони Барретт и Дж. Нейгла, таковыми являются: 1) действие в течение длительного времени; 2) поддержка со стороны политических институтов; 3) влияние на конституционную доктрину; 4) широкомасштабная общественная поддержка и 5) широко распространенное в судебной системе представление о том, что соответствующие решения не нуждаются в дальнейшей перепроверке [40. С. 14]. При этом М. Герхардт, который, как будет показано ниже, классифицирует суперпрецеденты с точки зрения механизма их воздействия на развитие права, относит эти признаки только к части суперпрецедентов, а именно – к так называемым фундаментальным решениям [36. С. 1213].

Отдельные авторы указывают на некоторые особенности судебных решений, которые, несмотря на обладание этими решениями внешних признаков суперпрецедентности, не позволяют сделать вывод о том, что конкретное решение в действительности представляет собой именно суперпрецедент. В частности, К. Старджером высказано суждение, что судебное решение может обрести статус суперпрецедента, когда не только оно само пользуется соответствующим широким признанием, но и когда в отношении вторичных правил, касающихся его истолкования и применения, также достигнуто согласие, делающее немислимым отмену исходного решения [41. С. 77]. М. Герхардт отмечает, что решение не может считаться суперпрецедентом, если оно в ходе дальнейшего развития судебной практики начинает обрабатываться разного рода исключениями и оговорками, а также когда отсутствует четкость в определении границ его применимости к тем или иным ситуациям [36. С. 1218–1220].

Э. Кони Барретт приводит ряд конкретных решений Верховного Суда США, которые, по ее мнению, имеют значение суперпрецедентов, поскольку соответствуют одновременно всем предложенным критериям. К числу таковых она относит решения по делам *Marbury v. Madison* (об учреждении судебного конституционного контроля), *Martin v. Hunter's Lessee* [42] (о праве Верховного Суда США проверять решения судов штатов), *Helvering v. Davis* [43] (о конституционности Закона о социальном страховании),

Кнох v. Lee [44] (о конституционности выпуска бумажных денег), Мэпп v. Ohio [45] (о распространении действия Четвертой поправки к Конституции США о запрете необоснованных обысков и арестов не только на федеральное правительство США, но и на органы штатов), Браун v. Board of Education (о запрете штатам устанавливать расовую сегрегацию в публичных школах), а также группу решений Верховного Суда, известную как «дела о гражданских правах» (эти решения запретили Конгрессу США устанавливать особые гарантии защиты чернокожих американцев от действий частных лиц) [34. С. 1734–1735; 40. С. 14].

В то же время Э. Кони Барретт, отвечая на вопрос одного из сенаторов во время слушаний по ее кандидатуре на должность судьи Верховного Суда, прямо – в отличие от Дж. Робертса и С. Аливо – заявила, что не считает решение по делу Roe v. Wade суперпрецедентом, поскольку в отношении него отсутствует общенациональный общественный консенсус и оно регулярно подвергается попыткам пересмотра несмотря на то, что действие этого решения неоднократно подтверждалось Верховным Судом [46].

Существенное значение для понимания феномена суперпрецедентов Верховного Суда США имеет подход к их классификации, предложенный М. Герхардтом. Он выделяет три категории суперпрецедентов, исходя из их значения в правовой системе [36. С. 1207–1217]:

1. Суперпрецеденты, учреждающие фундаментальные институциональные практики (т.е. механизмы деятельности институтов публичной власти, незаменимые для ее функционирования). Такие практики со временем становятся настолько общественно признанными, настолько поддерживаются властными институтами и ложатся в основу таких массивов судебной практики, что отказ от них требует беспрецедентно радикальных проявлений политической и судебной воли. Наиболее очевидными примерами суперпрецедентов такого типа являются решения Верховного Суда США по делам Marbury v. Madison, обосновывающее право Верховного Суда оценивать законы с точки зрения их соответствия Конституции США, а также Martin v. Hunter's Lessee, в котором обоснованы полномочия Верховного Суда США проверять решения судов штатов, основанные на нормах федерального права (и тем самым – право Верховного Суда США признавать законы штатов противоречащими Конституции США). В отношении первого из них Р. Райт отмечает, что гипотетическая попытка пересмотра его Верховным Судом США создаст парадокс: отменяя действие тезиса о том, что к сфере ответственности судебной власти относится определение того, что есть закон, Верховный Суд только подчеркнет этот тезис [38. С. 156]. Что же касается решения по делу Martin v. Hunter's Lessee, то его значение столь велико, что знаменитый американский правовед Оливер У. Холмс (судья Верховного Суда США с 1902 по 1932 г.) в определенном смысле поставил его выше, чем даже решение по делу Marbury v. Madison: «Я не думаю, что Соединенные Штаты прекратят свое существование, если бы мы потеряли право объявлять законы Конгресса недействительны-

ми. Однако я считаю, что Союз оказался бы в опасности, если бы мы не могли делать это в отношении законов отдельных штатов» [47. С. 295–296];

2. Суперпрецеденты, устанавливающие основополагающие доктрины, т.е. закрепляющие существование и применимость определенных базовых категорий и видов конституционных споров, возникающих на протяжении длительного времени. Типичный пример такой основополагающей доктрины – так называемая доктрина инкорпорации, которая состоит в том, что гарантии конституционных прав, закрепленные в первых восьми поправках к Конституции США, т.е. в основном массиве норм Билля о правах, являются основой для судебного контроля за действиями штатов США (см., например, решение Верховного Суда США по делу Мэпп v. Ohio, в котором установлено, что Четвертая поправка, запрещающая необоснованные обыски и аресты, распространяется на действия властей штатов). Еще одна широко признанная основополагающая доктрина состоит в том, что политические по своему характеру вопросы не подлежат судебному рассмотрению; М. Герхардт приводит в качестве примера также многократно упомянутое решение по делу Marbury v. Madison, где проводится разграничение между правовыми вопросами, которые могут решаться судами, и политическими вопросами, которые должны решаться другими ветвями власти [36. С. 1211].

3. Суперпрецеденты – фундаментальные решения. Под таковыми понимаются решения Верховного Суда США по отдельным вопросам конституционного права, которые: а) действуют в течение длительного времени; б) признаются и поддерживаются политическими институтами; в) влияют на формирование правовой доктрины как минимум в одной области конституционного права; г) пользуются, в той или иной форме, широким общественным признанием; д) широко используются судами для обеспечения процессуальной экономии. Таковым, например, является решение по делу Кнох v. Lee, в котором Верховный Суд США признал конституционно допустимым печатание бумажных денег; очевидно, что любой гражданин США (и не только) знаком с последствиями этого решения, хотя может совершенно не знать юридические нюансы судебного дела, по которому оно было вынесено.

Как показывает анализ позиций, высказанных в американской юридической науке, понятие суперпрецедента – несмотря на достаточно активное его обсуждение – все еще носит в достаточной мере условный характер. Прежде всего, формально-технически любое решение Верховного Суда США может быть пересмотрено и отменено просто потому, что stare decisis (особенно в горизонтальном аспекте) – это доктрина, а не нормативно установленное правило. Не существует единообразного, а тем более формально закрепленного перечня критериев, по которым можно было бы классифицировать конкретное решение Верховного Суда США в этом качестве; поэтому хотя количество его решений, претендующих, исходя из предложенных критериев, на статус суперпрецедентов, очень невелико, даже в отношении этих не-

многих решений возникают разногласия по поводу их суперпрецедентного статуса. Те признаки суперпрецедента, которые предлагаются участниками дискуссии, лежат в разных плоскостях – не все из них являются сугубо правовыми (например, аргумент общественного консенсуса, который отстаивает судья Э. Кони Барретт, носит явно оценочный, социологический характер, что затрудняет его применение по отношению к конкретным решениям). Существует риск перевода понятия суперпрецедента из юридической в политическую плоскость – явным признаком этого являются попытки сенаторов США выяснять отношение кандидатов на должности судей Верховного Суда к конкретным прецедентам Верховного Суда с точки зрения перспектив их пересмотра в будущем (если соответствующий кандидат станет судьей); П. Коллинз и Л. Рингхенд даже определяют суперпрецедент как решение, без «правильной позиции» по которому кандидат на должность судьи Верховного Суда США не получит назначения [48. С. 17].

По мнению М. Синклера, все это создает почву для предположения, что если понятие суперпрецедента станет предметом широкого обихода (а пока нельзя сказать, что это так), то это произойдет по причине интуитивной привлекательности данного понятия, а не потому, что оно имеет формально-правовые последствия или аналитическую, классификационную ценность [12. С. 411]. Р.Дж. Райт высказывается еще

более категорично – по его мнению, на первый взгляд достаточно ясная идея суперпрецедента на самом деле удивительно неясна во многих аспектах, при этом за дискуссиями об этом понятии стоит нерешенность ряда важных проблем, подрывающих саму идею суперпрецедента; пока эти идеи не будут решены, идея суперпрецедента должна быть отодвинута на второй план (если не отвергнута вовсе) [38. С. 145–146]. Наконец, не лишено определенных оснований и беспокойство по поводу того, что признание каких-либо судебных решений в качестве суперпрецедентов означает «замораживает» затронутые в таких решениях вопросы конституционного права от дальнейшего переосмысления [49. С. 1232, 1238–1247].

Однако отмеченные сложности, как представляется, лишь подчеркивают глубину обсуждаемого вопроса и не обесценивают тему суперпрецедентов как юридического явления, которое заслуживает соответствующего внимания. Напротив, обсуждение этой темы представляется весьма плодотворным в плане глубокого доктринального исследования предназначения судебной власти, содержания судебной деятельности, пределов возможностей судебной системы. Более того, соответствующие рассуждения и выводы могут в тех или иных пределах иметь значительную ценность для судебной деятельности в рамках любой – не только англо-саксонской – правовой системы.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бернам У. Правовая система США. М. : Новая юстиция, 2006. 1216 с.
2. Петрова. Е.А. Система источников современного американского права (теоретический и сравнительно-правовой аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. 205 с.
3. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М. : Юрид. лит., 1985. 239 с.
4. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право : учеб. пособие. М. : Проспект, 2017. 448 с.
5. Practice Statement [1966] 3 All ER 77 // United Kingdom Parliament. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm> (дата обращения: 20.06.2021).
6. Abraham H. The Judicial Process. An introductory Analysis of Courts of the United States, England and France. N.Y., 1996. 480 p.
7. West's encyclopedia of American law. Thomson-Gale, 2004. Vol. 9. 482 p.
8. Coney Barrett A. Stare Decisis and Due Process // University of Colorado Law Review. 2003. № 74. P. 1011–1074.
9. Bradford C. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling // Fordham Law Review. 1990. № 59. P. 39–90.
10. Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 405–411 (1932) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/285/393.html> (дата обращения: 20.06.2021).
11. The Federalist. № 78 // Library of Congress. URL: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80/s-lg-box-wrapper-25493470> (дата обращения: 20.06.2021).
12. Sinclair M. Precedent, Super-Precedent // George Mason Law Review. 2007. № 14. P. 363–411.
13. Cardozo B.N. The Nature of Judicial Process. New Haven, CT. ; London : Yale University Press, 1921. 188 p.
14. Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты: Пер. с англ. / сост. В.И. Лафитский ; под ред. и со вступ. ст. О.А. Жидкова. М. : Прогресс, Универс, 1993. 768 с.
15. 28 U.S.C. § 1254, 1257–1260 // Office of the Law Revision Council. URL: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/part4/chapter81&edition=prelim> (дата обращения: 20.06.2021).
16. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html> (дата обращения: 20.06.2021).
17. Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/10/87.html> (дата обращения: 20.06.2021).
18. Paulsen M. Can a Constitutional Amendment Overrule a Supreme Court Decision? Constitutional Commentary // University of St. Thomas Legal Studies Research Paper № 08-05. URL: <https://ssrn.com/abstract=1104529> (дата обращения: 20.06.2021).
19. Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. М. : НОРМА, 1998. 272 с.
20. Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477 (1989) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/490/477.html> (дата обращения: 20.06.2021).
21. Kniffen M. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals // Fordham Law Review. 1982. № 51. P. 53–89.
22. Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html> (дата обращения: 20.06.2021).
23. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> (дата обращения: 20.06.2021).
24. Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/321/649.html> (дата обращения: 20.06.2021).
25. United States v. United Mine Workers of America, 330 U.S. 258 (1947) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/330/258.html> (дата обращения: 20.06.2021).

26. Table of Supreme Court Decisions Overruled by Subsequent Decisions // Constitution Annotated. URL: <https://constitution.congress.gov/resources/decisions-overruled> (дата обращения: 20.06.2021).
27. Kozel R. Precedent and Reliance // Emory Law Journal. 2013. № 62. P. 1459–1507.
28. Eskridge W. Overruling Statutory Precedents // Georgetown Law Journal. 1988. № 76. P. 1361–1439.
29. Landes W., Posner R. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis // The Journal of Law and Economics. 1976. № 19. P. 249–307.
30. Richmond Medical Ctr v. Gilmore, 98-1930 (4th Cir. 2000) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1210300.html> (дата обращения: 20.06.2021).
31. Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/530/914.html> (дата обращения: 20.06.2021).
32. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html> (дата обращения: 20.06.2021).
33. Amy Coney Barrett // Wikipedia. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Amy_Coney_Barrett (дата обращения: 20.06.2021).
34. Coney Barrett A. Precedent and Jurisprudential Disagreement // Texas Law Review. 2012–2013. № 91. P. 1711–1737.
35. Гринько А., Жаринов К. Воля судейского сообщества как источник обязывающей силы прецедентного права США // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6. С. 113–140.
36. Gerhardt M. Super Precedent // Minnesota Law Review. 2006. № 26. P. 1204–1231.
37. Hall M. Bringing Down Brown: Super Precedents, Myths of Rediscovery, and the Retroactive Canonization of Brown v. Board of Education // Journal of Law and Policy. 2010. № 18. P. 655–700.
38. Wright R. Downgrading Superprecedents // West Virginia Law Review. 2019. № 122. P. 145–170.
39. Farber D. The Rule of Law and the Law of Precedents // Minnesota Law Review. 2006. № 90. P. 1173–1203.
40. Coney Barrett A., Nagle C. Congressional Originalism // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. 2016. № 19. P. 1–44.
41. Starger C. Expanding Stare Decisis: The Role of Precedent in the Unfolding Dialectic of Brady v. Maryland // Loyola of Los Angeles Law Review. 2012. № 46. P. 77–162.
42. Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/14/304.html> (дата обращения: 20.06.2021).
43. Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/301/619.html> (дата обращения: 20.06.2021).
44. Knox v. Lee, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1871) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/79/457.html> (дата обращения: 20.06.2021).
45. Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/367/643.html> (дата обращения: 20.06.2021).
46. Amy Coney Barrett Senate Confirmation Hearing Day 2 Transcript // Rev Speech-to-Text Services. URL: <https://www.rev.com/blog/transcripts/amy-coney-barrett-senate-confirmation-hearing-day-2-transcript> (дата обращения: 20.06.2021).
47. Holmes O. Collected Legal Papers. N.Y. : Harcourt, Brace and Howe, 1920. 320 p.
48. Collins P., Ringhand L. Super-Precedents, Litmus Tests, and Supreme Court Confirmation Hearings. URL: <http://www.psci.unt.edu/~pmcollins/Collins%20Ringhand%20MPSA%202012.pdf> (дата обращения: 20.06.2021).
49. Barnett R. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt // Minnesota Law Review. 2006. № 90. P. 1232–1251.

Статья представлена научной редакцией «Право» 28 октября 2021 г.

On Super Precedents of the US Supreme Court

Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal, 2021, 472, 262–269.

DOI: 10.17223/15617793/472/31

Alexei A. Petrov, Baikal State University (Irkutsk, Russian Federation). E-mail: petrov-a-irk@mail.ru.

Keywords: sources of law; US legal system; case law; stare decisis; US Supreme Court; judicial precedent; superprecedent; judicial system.

The modern Russian legal system functions and develops in conditions of active interaction with other national and international legal systems. This reflects the objective global trends of globalization, part of which are the processes of convergence and integration of legal systems. During these processes, an exchange of experience takes place between countries on legal development issues, which, in turn, often entails shifts in national legal systems, including changes in the role and significance of various sources of national law. In this regard, scientific research on the functioning of the judicial precedent is highly relevant for the Russian Federation, especially concerning countries of the Anglo-Saxon legal family, where the judicial precedent is considered to be the main source of law. At the same time, the use of general scientific methods of scientific knowledge (dialectical method, analysis, synthesis) in combination with specific legal methods (comparative legal method, historical legal method) makes it possible to comprehend legal phenomena that develop in various legal systems and to outline the directions of the corresponding discussion within the framework of Russian law. The topic of super precedents of the US Supreme Court, discussed in the American scientific community, is of particular interest here. One of the key elements of the US legal system is the stare decisis principle, which implies the obligation of courts to follow previously created precedents in resolving similar cases. The vertical aspect of stare decisis means that lower courts are bound by precedents created by higher courts, while horizontal stare decisis implies that courts are bound by their own decisions. The horizontal aspect of stare decisis includes the right of a court to deviate from its own precedent in the presence of appropriate circumstances and grounds. The US Supreme Court exercises this right quite regularly. At the same time, many American legal scholars point to the existence of such decisions of the Supreme Court that cannot be revised under any circumstances due to the fundamental importance of these decisions for American law and society. Such decisions are denoted by the concept “super precedent”. Scholars evaluate individual decisions of the Supreme Court on the subject of their possible superprecedent status. Signs of super precedence are highlighted, and attempts to classify super precedents are also suggested. Despite certain conventionality of the concept of a super precedent, the study of this issue seems to be relevant for Russian legal science. Such a study can be important to further deepen our understanding of the mechanisms of the judiciary.

REFERENCES

1. Burnham, W. (2006) *Pravovaya sistema SSHA* [Introduction to the Law and Legal System of the United States]. Translated from English. Moscow: Novaya yustitsiya.
2. Petrova, E.A. (2004) *Sistema istochnikov sovremennogo amerikanskogo prava (teoreticheskiy i sravnitel'no-pravovoy aspekt)* [The system of sources of modern American law (theoretical and comparative legal aspects)]. Law Cand. Diss. Saint Petersburg.

3. Cross, R. (1985) *Precedent v angliyskom prave* [Precedent in English law]. Translated from English. Moscow: Yurid. lit.
4. Marchenko, M.N. (2017) *Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeyskoe pravo: ucheb. posobie* [Judicial law-making and judicial law: textbook]. Moscow: Prospekt.
5. United Kingdom Parliament. (1966) *Practice Statement [1966]* 3 All ER 77. [Online] Available from: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm> (Accessed: 20.06.2021).
6. Abraham, H. (1996) *The Judicial Process. An introductory Analysis of Courts of the United States, England and France*. N.Y.: OUP.
7. Lehman, J. & Phelps, S. (2004) *West's encyclopedia of American law*. Vol. 9. Thomson-Gale.
8. Coney Barrett, A. (2003) Stare Decisis and Due Process. *University of Colorado Law Review*. 74. pp. 1011–1074.
9. Bradford, C. (1990) Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*. 59. pp. 39–90.
10. FindLaw. (1932) *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405–411 (1932). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/285/393.html> (Accessed: 20.06.2021).
11. *The Federalist*. 78. [Online] Available from: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470> (Accessed: 20.06.2021).
12. Sinclair, M. (2007) Precedent, Super-Precedent. *George Mason Law Review*. 14. pp. 363–411.
13. Cardozo, B.N. (1921) *The Nature of Judicial Process*. New Haven, CT.; London: Yale University Press.
14. Zhidkov, O.A. (ed.) (1993) *Soedinennyye Shtaty Ameriki: Konstitutsiya i zakonodatel'nye akty* [United States of America: Constitution and laws]. Translated from English. Moscow: Progress; Univers.
15. Office of the Law Revision Council. (n.d.) 28 U.S.C. § 1254, 1257–1260. [Online] Available from: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/part4/chapter81&edition=prelim> (Accessed: 20.06.2021).
16. FindLaw. (1803) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html> (Accessed: 20.06.2021).
17. FindLaw. (1810) *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/10/87.html> (Accessed: 20.06.2021).
18. Paulsen, M. (2008) Can a Constitutional Amendment Overrule a Supreme Court Decision? Constitutional Commentary. *University of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 08-05*. [Online] Available from: <https://ssrn.com/abstract=1104529> (Accessed: 20.06.2021).
19. Lafitskiy, V.I. (1998) *Osnovy konstitutsionnogo stroya SSHA* [Fundamentals of the US Constitution]. Moscow: NORMA.
20. FindLaw. (1989) *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*, 490 U.S. 477 (1989). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/490/477.html> (Accessed: 20.06.2021).
21. Kniffen, M. (1982) Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*. 51. pp. 53–89.
22. FindLaw. (1992) *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html> (Accessed: 20.06.2021).
23. FindLaw. (1973) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> (Accessed: 20.06.2021).
24. FindLaw. (1944) *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/321/649.html> (Accessed: 20.06.2021).
25. FindLaw. (1947) *United States v. United Mine Workers of America*, 330 U.S. 258 (1947). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/330/258.html> (Accessed: 20.06.2021).
26. Constitution.congress.gov. (2021) *Table of Supreme Court Decisions Overruled by Subsequent Decisions*. [Online] Available from: <https://constitution.congress.gov/resources/decisions-overruled> (Accessed: 20.06.2021).
27. Kozel, R. (2013) Precedent and Reliance. *Emory Law Journal*. 62. pp. 1459–1507.
28. Eskridge, W. (1988) Overruling Statutory Precedents. *Georgetown Law Journal*. 76. pp. 1361–1439.
29. Landes, W. & Posner, R. (1976) Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law and Economics*. 19. pp. 249–307.
30. FindLaw. (2000) *Richmond Medical Ctr v. Gilmore*, 98-1930 (4th Cir. 2000). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1210300.html> (Accessed: 20.06.2021).
31. FindLaw. (2000) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/530/914.html> (Accessed: 20.06.2021).
32. FindLaw. (1954) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html> (Accessed: 20.06.2021).
33. Wikipedia. (2021) *Amy Coney Barrett*. [Online] Available from: https://en.wikipedia.org/wiki/Amy_Coney_Barrett (Accessed: 20.06.2021).
34. Coney Barrett, A. (2012–2013) Precedent and Jurisprudential Disagreement. *Texas Law Review*. 91. pp. 1711–1737.
35. Grin'ko, A. & Zharinov, K. (2020) The American common law and the will of the judiciary as a source of its binding force. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*. 6. pp. 113–140. (In Russian). DOI: 10.21128/1812-7126-2020-6-51-78
36. Gerhardt, M. (2006) Super Precedent. *Minnesota Law Review*. 26. pp. 1204–1231.
37. Hall, M. (2010) Bringing Down Brown: Super Precedents, Myths of Rediscovery, and the Retroactive Canonization of Brown v. Board of Education. *Journal of Law and Policy*. 18. pp. 655–700.
38. Wright, R. (2019) Downgrading Superprecedents. *West Virginia Law Review*. 122. pp. 145–170.
39. Farber, D. (2006) The Rule of Law and the Law of Precedents. *Minnesota Law Review*. 90. pp. 1173–1203.
40. Coney Barrett, A. & Nagle, C. (2016) Congressional Originalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 19. pp. 1–44.
41. Starger, C. (2012) Expanding Stare Decisis: The Role of Precedent in the Unfolding Dialectic of Brady v. Maryland. *Loyola of Los Angeles Law Review*. 46. pp. 77–162.
42. FindLaw. (1816) *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/14/304.html> (Accessed: 20.06.2021).
43. FindLaw. (1937) *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/301/619.html> (Accessed: 20.06.2021).
44. FindLaw. (1871) *Knox v. Lee*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1871). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/79/457.html> (Accessed: 20.06.2021).
45. FindLaw. (1961) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). [Online] Available from: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/367/643.html> (Accessed: 20.06.2021).
46. Coney Barrett, A. (2020) *Senate Confirmation Hearing Day 2 Transcript*. [Online] Available from: <https://www.rev.com/blog/transcripts/amy-coney-barrett-senate-confirmation-hearing-day-2-transcript> (Accessed: 20.06.2021).
47. Holmes, O. (1920) *Collected Legal Papers*. N.Y.: Harcourt, Brace and Howe.
48. Collins, P. & Ringhand, L. (2012) *Super-Precedents, Litmus Tests, and Supreme Court Confirmation Hearings*. [Online] Available from: <http://www.psci.unt.edu/~pmcollins/Collins%20Ringhand%20MPSA%202012.pdf> (Accessed: 20.06.2021).
49. Barnett, R. (2006) It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt. *Minnesota Law Review*. 90. pp. 1232–1251.