

DENGELEME, ANAYASAL DENETİM VE TEMSİL*

Robert Alexy**

Türkçesi: Zelal Pelin Doğan

Dengeleme anayasal hakların yorumlanmasına ilişkin güncel tartışmalar içerisindeki temel konulardan biridir. Çok sayıda yazar, dengelemenin hem rasyonel olmadığı hem de öznel olduğu itirazında bulundu. Burada bu itirazın haksız olduğu ileri sürülmektedir. Bunu göstermek için, dengeleme; anayasal haklar, söylem, anayasal denetim ve temsil kavramlarını dengeleme kavramıyla bağlantılandıran bir söylemsel anayasacılık teorisine dayandırılmaktadır. Temel tezler şunlardır: Birincisi, dengeleme, bir "Ağırlık Formülü" aracılığıyla açık hale getirilebilecek rasyonel bir argüman biçimine dayanır ve ikincisi, anayasal denetim, bu formüle argümanlar sağlayarak halkın argümantatif bir temsili haline gelmeyi başardığı ölçüde, demokratik meşruiyetin gerekliliklerine uygun olur.

Söylemsel anayasacılık beş farklı kavram arasındaki bağlantıdan kaynaklanan bir teoridir: (a) anayasal haklar, (b) dengeleme, (c) söylem, (d) anayasal denetim ve (e) temsil. Bu beş kavramdan oluşan sistem oldukça karmaşıktır. Burada sunulacak tablo, dengeleme, anayasal denetim ve temsil kavramları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

1. Dengeleme

Anayasal hakların yorumlanmasıyla ilgili güncel tartışmanın ana konularından biri, dengelemenin veya tartımın rolüdür. Birçok anayasa mahkemesinin fiili uygulamasında dengeleme merkezi bir rol oynar. Alman anayasa hukukunda dengeleme, daha kapsamlı bir ilke, yani orantılılık ilkesi tarafından gerekli görülen bir durumdur (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Orantılılık ilkesi üç alt ilkeden oluşur: elverişlilik ilkesi, gereklilik ilkesi ve dar anlamda orantılılık ilkesi. Tüm bu ilkeler optimizasyon fikrini ifade eder. Orantılılık ilkesi ışığında anayasal hakları yorumlamak, anayasal hakları basit kurallar olarak değil optimizasyon gereklilikleri, yani ilkeler olarak ele almaktır. Optimizasyon gereklilikleri olarak

* Makalenin İngilizce dilinde yazılmış orijinal hali için bkz: Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Issue 4, October 2005, Pages 572–581, <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>

** Kamu hukuku ve hukuk felsefesi profesörü, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. İngilizce versiyonuyla ilgili konularda yardım ve tavsiyeleri için Stanley L. Paulson'a teşekkür ederim. Email: alexy@law.uni-kiel.de

ilkeler, fiili ve yasal olanaklar göz önüne alındığında, bir şeyin mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleştirilmesini gerektiren normlardır.¹

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, olgusal olarak mümkün olana göre optimizasyonla ilgilidir. Böylece Pareto-optimalite fikrini ifade ederler. Üçüncü alt ilke, dar anlamıyla ölçülülük ilkesi, yasal olanaklara göre optimizasyonla ilgilidir. Hukuki olasılıklar esas olarak birbiriyle çakışan ilkeler tarafından tanımlanır. Dengeleme, yarışan ilkelere [*competing principles*] göre optimizasyondan başka bir şey değildir. Bu nedenle üçüncü alt ilke, şunu belirten bir kuralla ifade edilebilir:

Bir ilkenin karşılanmama [*non-satisfaction*] veya zarar görme derecesi ne kadar büyükse, diğer ilkenin karşılanmasının [*satisfaction*] önemi de o kadar büyüktür.

Bu kural Dengeleme Yasası olarak adlandırılabilir.²

1.1. İki İtiraz

Anayasa hukukunda denge olgusu o kadar çok soruna yol açıyor ki, tartışması bir yana, burada bunların bir listesini bile sunamıyorum. Kendimi iki itirazla sınırlayacağım.

İlk itiraz birçok yazar tarafından ileri sürüldü. Onların itirazları, dengelemenin rasyonel bir süreç olduğu fikrini reddediyor. Bunun sınırsız öznelliğe izin veren retorik bir figür olduğu söyleniyor. Bunun nedenleri, Jürgen Habermas'ın da belirttiği gibi, dengeleme için "rasyonel standartların olmaması"dır.³ İkinci itiraz daha incelikli. Kavramsal bir sorunla ilgilidir. Sorunun oldukça ilginç bir versiyonunu sunan Habermas'a bir kez daha atıfta bulunabiliriz. Habermas, dengeleyici yaklaşımın, hukuki hükümleri doğru-yanlış, doğruluk-yanlışlık ve ayrıca gerekçe gibi kavramlarla tanımlanan alandan çıkarıp uygun [*adequate*] ve uygunsuz ve takdir yetkisi gibi kavramlarla tanımlanan bir alana taşıdığını savunur. "Değerlerin tartılması"nın bir *sonuca* ilişkin bir yargıya varabildiği ancak bu sonucu *gereçlendiremediği* söylenir:

O halde mahkemenin kararı, somut bir değerler düzeni çerçevesinde *kendini* ifade eden bir yaşam biçimini az ya da çok uygun bir şekilde yansıtan bir değer

¹ Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights 47 (Julian Rivers trans., Oxford Univ. Press 2002).

² Alexy, supra note 1, at 102.

³ Jürgen Habermas, Between Facts and Norms 259 (William Rehg trans., Polity Press 1996).

yargısıdır. Ancak bu yargı, artık doğru ya da yanlış bir yargının alternatifleri ile ilgili değildir.⁴

Bu ikinci itiraz, en az birincisi kadar ciddidir. Bu, doğruluk kategorisinin kaybının, dengeleme veya tartma için ödenmesi gereken bedel olduğu tezine varıyor. Tartım yalnızca sonuç üretebiliyorsa ancak bu sonuçları gerekçelendiremiyorsa, o zaman tartımın hakikat, doğruluk, bilgi, gerekçelendirme ve nesnellik kavramları ile tanımlanan bölgenin dışında bir alana yerleştirilmesi gerekir. Bu son bölgenin sakinleri, doğru ya da yanlış, doğruluk ya da yanlışlık saptamalarına uygun varlıklar olan yargılar ya da önermelerdir. Başka bir deyişle, bu varlıklar, gerçekte ne olduğunu, sadece inanılan değil, gerçekten bilinen olarak nitelendirilebilecek şeyleri ifade eder. Aynı şekilde, bu varlıklar yalnızca retorik destekten ziyade gerekçelendirmeye uygun düşer. Bu bölge nesnellik imparatorluğu olarak adlandırılabilir.

Dengeleme, en başından itibaren nesnellik alanının dışında bırakılırsa, dengeleme yaklaşımı ölümcül bir darbe almış olur. Anayasal denetim zorunlu olarak bir doğruluk iddiasıyla bağlantılıdır.⁵ Eğer dengeleme veya tartma, doğruluk ile nesnellik ve gerekçelendirme ile bağdaşmaz olsaydı, anayasa hukukunda yeri olmazdı.

Dengeleme özünde irrasyonel ve öznel midir? Dengeleme gerçekten de doğruluk, nesnellik ve gerekçelendirmeye ve dolayısıyla akla da veda etmek zorunda olduğumuz anlamına mı gelmektedir?

1.2. Dengelemenin Yapısı

Dengelemenin ne olduğunu bilmeden bu soruları yanıtlamak zor. Dengelemenin ne olduğunu bilmek, onun yapısına dair bir kavrayış gerektiriyor. Dengeleme Yasası dengelemenin üç aşamaya ayrılabilceğini gösterir. İlk aşama, bir ilk ilkenin karşılanmama veya zarar görme derecesinin belirlenmesini içerir. Bunu, yarışan ilkenin karşılanmasının öneminin belirlendiği ikinci aşama takip eder. Son olarak, üçüncü aşamada, ikinci ilkenin karşılanmasının öneminin ilk ilkenin karşılanmamasını ya da zarar görmesini haklı çıkarıp çıkarmadığı belirlenir. Eğer ilk olarak müdahalenin yoğunluğu, ikinci olarak önem dereceleri ve üçüncü olarak da bunların birbirleriyle olan ilişkileri hakkında rasyonel yargılarda bulunmak

⁴ Jürgen Habermas, Reply to Symposium Participants, in Habermas on Law and Democracy 430 (Michel Rosenfeld & Andrew Arato eds., Univ. of Calif. Press 1998).

⁵ Robert Alexy, Law and Correctness, 51 Current Legal Problems 205, 209–214 (1998).

mümkün olmasaydı, Habermas tarafından dile getirilen itirazlar haklı olurdu. O halde her şey bu tür yargılarda bulunma olasılığına bağlıdır.

Müdahalenin yoğunluğu ve önem derecesine ilişkin rasyonel yargıların mümkün olduğunu göstermek amacıyla, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sağlık uyarılarına ilişkin bir kararını ele alacağım.⁶ Mahkeme, tütün üreticilerinin ürünlerinin üzerine sigara içmenin tehlikelerine ilişkin sağlık uyarıları koyma görevini, kişinin mesleğini icra etme özgürlüğüne (*Berufsausübungsfreiheit*) nispeten küçük veya hafif bir müdahale olarak nitelendirmektedir. Buna karşın, tüm tütün ürünlerinin tamamen yasaklanması ciddi bir müdahale sayılacaktır. Bu tür küçük ve ciddi vakalar arasında, orta yoğunlukta başka müdahaleler de bulunabilir. Bu şekilde, "hafif", "orta" ve "ciddi" aşamalarından oluşan bir ölçek geliştirilebilir. Örneğimiz, bu ölçeği takip eden geçerli saptamaların mümkün olduğunu göstermektedir.

Aynı şey yarışan nedenler açısından da mümkündür. Sigaradan kaynaklanan sağlık riskleri büyüktür. Bu nedenle, müdahaleyi haklı kılan nedenler ağır basmaktadır. Eğer bu şekilde müdahalenin yoğunluğunun az ve müdahale nedenlerinin önem derecesinin yüksek olduğu tespit edilirse, o zaman dar anlamda orantılılık incelemesinin sonucu, anlaşılan o ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de tanımladığı gibi, "açık" olarak tanımlanabilir.⁷

Tütün kararının ilkeleri, eğer diğer davalara bakılırsa, kanıtlarla da desteklenmektedir. Bunlardan oldukça farklı bir tanesi *Titanic* kararıdır. Yaygın olarak yayınlanan gülmece dergisi *Titanic*, felçli bir yedek subayı önce "doğuştan katil", daha sonraki bir sayısında ise "sakat" olarak tanımlamıştır. Bir Alman mahkemesi *Titanic* aleyhine karar vermiş ve derginin subaya 12,000 DM tutarında tazminat ödemesine hükmetmiştir. *Titanic* bir anayasa şikayetinde bulunmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi, derginin ifade özgürlüğü (Anayasa md. 5(1)(1)) ile memurun genel kişilik hakkı (Anayasa md. 1(1) ile bağlantılı olarak md. 2(1)) arasında "davaya özgü bir dengeleme"⁸ yapmıştır. Bu davanın da üçlü ölçek aracılığıyla yeniden yapılandırılabilceğini göstereceğim: hafif, orta ve ciddi.

Ancak üçlü yapı, bu haliyle, dengelemenin rasyonel olduğunu göstermek için yeterli değildir. Bunun için çıkarımsal bir sistemin dengelemede örtük olarak anlaşılması gerekir ki bu da özünde doğruluk kavramıyla bağlantılıdır. Bir kurala tabi olma

⁶ Decisions of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany (BVerfGE) 95, 173.

⁷ BVerfGE 95, 173, 187.

⁸ BVerfGE 86, 1, 11.

durumunda, böyle bir çıkarımsal sistem, önermeler mantığı, yüklem mantığı ve deontik mantık yardımıyla inşa edilen ve "içsel gerekçelendirme" olarak adlandırılan tümdengelsel bir şema aracılığıyla ifade edilebilir. Hukuki söylem teorisi açısından, ilkelerin dengelenmesi söz konusu olduğunda, bu tümdengelim şemasının bir karşılığının bulunması merkezi bir öneme sahiptir.⁹ Biz buna Ağırlık Formülü diyeceğiz.

Ağırlık Formülünün en basit şekli şu şekildedir:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

I_i , P_i ilkesine, örneğin *Titanic*'e ifade özgürlüğü tanıyan ilkeye müdahalenin yoğunluğunu temsil etsin. I_j , yarışan P_j ilkesini -bizim durumumuzda belden aşağısı felçli polis memuruna kişilik hakkı tanıyan ilkeyi- karşılamamanın önemini temsil etsin. Ve $W_{i,j}$, P_i 'nin somut ağırlığını temsil etsin. Ağırlık Formülü, bir ilkenin somut ağırlığının göreceli bir ağırlık olduğuna işaret eder. Bunu da somut ağırlığı, bu ilkeye müdahale yoğunluğu (P_i) ile yarışan ilkenin somut öneminin (P_j) bölümü haline getirerek yapar.

Şimdi, sadece sayıların varlığında bölme işlemlerinden bahsedilebileceği ve anayasa hukukunda yapılan dengelemede sayıların kullanılmadığı itirazı açıktır. Bu itiraza verilecek cevap, burada kapsamın yapısını ifade etmek için kullandığımız mantıksal kelime dağarcığının yargısal muhakemede kullanılmadığı, ancak bu kelime dağarcığının yine de kuralların çıkarımsal yapısını açık hale getirmek için mevcut en iyi araç olduğu gözlemleniyor. Aynı durum, Ağırlık Formülü'nün değişkenleri yerine konulan sayılarla ilkelerin çıkarımsal yapısının ifade edilmesi için de geçerli olacaktır.

Üçlü modelimizin üç değeri - hafif, orta ve ciddi - l , m ve s ile temsil edilecektir. l , m ve s 'ye sayı atamak için çeşitli olasılıklar vardır. Oldukça basit ve aynı zamanda son derece yol gösterici bir olasılık, 2^0 , 2^1 ve 2^2 , yani 1, 2 ve 4 geometrik dizisini kullanmaktan ibarettir. Bu temelde, l değeri 1, m değeri 2 ve s değeri 4'tür. Federal Anayasa Mahkemesi, *Titanic* kararında ifade özgürlüğünün (P_i) ihlalinin yoğunluğunu (I_i) ciddi (s) olarak değerlendirmiş; subayın kişilik hakkının (P_j) karşılanmasının önemini (I_j), onu "doğuştan katil" olarak tanımlama konusunda - son derece hicivli bağlamı göz önüne alındığında- sadece orta (m), hatta belki de hafif (l) olarak değerlendirmiştir. Geometrik dizimizin s ve m için karşılık gelen

⁹ Robert Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, 16 Ratio Juris 433, 448 (2003).

değerlerini yerleştirirsek, $P_i (W_{ij})$ 'nin somut ağırlığı bu durumda $\frac{4}{2}$, yani 2'dir. $I_i m$ ve $I_j s$ olsaydı, değer $\frac{2}{4}$, yani $\frac{1}{2}$ olurdu. Tüm çıkmaz durumlarda bu değer 1'dir. P_i 'nin önceliği 1'den büyük bir somut ağırlık ile ifade edilir; P_j 'nin önceliği ise 1'den küçük bir somut ağırlık ile. Memurun "sakat" olarak tanımlanması ciddi olarak değerlendirilmiştir. Bu durum bir çıkmaza yol açmış ve *Titanic*'in anayasal şikâyetinin, "sakat" tanımlamasından kaynaklanan zararlarla ilgili olduğu ölçüde başarılı olamaması sonucunu doğurmuştur.

Bir çıkarımsal yapının rasyonelliği esasen, yine gerekçelendirilebilecek öncülleri birbirine bağlayıp bağlamadığı sorusuna bağlıdır. Ağırlık Formülü tarafından ifade edilen yapı, girdinin karakteri onu rasyonellik alanının dışında bırakacak şekilde olsaydı, rasyonel bir akıl yürütme yapısı olmazdı. Ancak durum böyle değildir. Sayılarla temsil edilen girdi bir karardır. Ağır engelli bir kişinin kamuoyu önünde "sakat" olarak tanımlanmasının bu kişinin kişilik hakkının "ciddi bir ihlali" olduğu kararı buna bir örnektir.¹⁰ Bu karar bir doğruluk iddiasını gündeme getirir ve bir söylemdeki başka bir çıkarımsal şemanın sonucu olarak gerekçelendirilebilir. Federal Anayasa Mahkemesi bu söylemi, felçlinin "sakat" olarak tanımlanmasının aşağılayıcı ve saygısızca olduğu argümanı ile sonuçlandırmaktadır. Ağırlık Formülü, bu argümanın doğruluğunu, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yoğunluğuyla ilgili argümanların doğruluğuyla birlikte, *Titanic*'in somut olaydaki hakkının ağırlığına ilişkin karara aktarır ve bu da yine - diğer öncüllerle birlikte - mahkemenin yargısını ifade eden karar belirtir. Bu, bir söylemde yargısal bir kararın doğruluğunu ortaya koymaya yönelik rasyonel bir yapıdır. Bu yapının temel unsurları kararlar ya da önermelerdir. Bu, dengelemenin doğasının "önermesellik" olarak nitelendirilebilecek bir şeyle karakterize edildiği anlamına gelir. Bu şekilde Habermas'ın dengelemenin kişiyi zorunlu olarak gerekçelendirme, doğruluk ve nesnellik alanının dışına çıkardığı yönündeki itirazı reddedilmiş olur.

Ağırlık Formülü ile birbirine bağlanan kararlar ya da önermeler, başka argümanlar aracılığıyla gerekçelendirilmelidir. Diğer bir deyişle, Ağırlık Formülü bir argüman biçimidir. Argüman biçimleri, söylemdeki hamlelerin mantıksal yapısını tanımlar ve farklı hamlelerin birbirleriyle nasıl bağlantılı olduğunu gösterir.

Söylemsel anayasacılığın kavramsal sistemini oluşturan beş kavramdan üçüncüsü söylemdir. Artık dengelemenin söylemle nasıl bağlantılı olduğu açıktır. Söylem olmadan dengeleme mümkün değildir ve söylemin argüman biçimleri ya da

¹⁰ BVerfGE 86, 1, 13

çıkarımsal şemaları, Ağırlık Formülü tarafından açıkça ortaya konan dengeleme yapısını içerir. Bu temelde, Habermas'ın irrasyonellik itirazına, dengelemenin söylem kadar rasyonel olduğunu söyleyerek karşı çıkılabilir. Eğer pratik söylem rasyonel olmasaydı, pratik rasyonalite de olmazdı.

Dengeleme sadece söylemle değil, aynı zamanda anayasal haklarla da zorunlu olarak bağlantılıdır.¹¹ Buradan anayasal hakların zorunlu olarak söylemle bağlantılı olduğu sonucu çıkmaktadır. O zaman şu soru ortaya çıkar: Bu, söylemsel anayasacılığın kavramsal sisteminin dördüncü kavramı olan anayasal denetim kavramı için ne anlama gelmektedir?

2. Anayasal Denetim

Anayasal denetim, anayasal hakların parlamento tarafından çıkarılan kanunlara karşı önceliğinin veya üstünlüğünün bir ifadesidir. Mantıksal temeli aykırılık kavramıdır. Bir kanunun anayasaya aykırı ilan edilmesi, anayasanın en az bir normuna aykırı olduğu anlamına gelir. Normlar düzeyindeki bu aykırılığa, normlar hakkındaki kararlar düzeyinde bir aykırılık eşlik eder. Anayasa mahkemesinin kararı çoğu durumda açıktır. "S kanunu anayasaya aykırıdır" şeklindedir. Parlatmentonun kararı, en azından yasama faaliyeti sürecinde, yani anayasa mahkemesi önünde itiraz süreci başlamadan önce, genellikle sadece örtüktür. "S yasası anayasaya uygundur" şeklindedir. Bu iki tür aykırılık, anayasal denetimin esasen önermesel ve dolayısıyla argümantatif veya söylemsel olduğunu göstermektedir.

Ancak anayasal denetim, anayasaya uygunluk iddialarından daha fazlasını içerir. Anayasa mahkemesi sadece bir şey söylemekle kalmaz, aynı zamanda bir şey de yapar. Genel anlamda parlamento'nun anayasaya aykırı işlemlerini geçersiz kılma yetkisine sahiptir. Yasama faaliyetine bu tür bir katılım, anayasa mahkemelerinin faaliyetinin sadece önermesel veya söylemsel bir karaktere değil, aynı zamanda kurumsal veya buyurgan bir karaktere de sahip olduğu anlamına gelir.

Dengeleme konusu, anayasal denetimin metodolojik boyutuyla bağlantılı başlıca sorundur. Kurumsal boyutuna ilişkin temel sorun, anayasa mahkemesinin parlamento işlemlerini geçersiz kılma yetkisinin nasıl meşrulaştırılacağı sorusu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu soruyla birlikte, anayasal denetim ve demokrasi arasındaki ilişkiye dair çok yıllık bir soruna ulaşılmış oluyoruz.

¹¹ Alexy, supra note 1, at 69–86.

3. Temsil

Anayasal denetim devlet otoritesinin bir uygulamasıdır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 20 (1) (1) maddesinde belirtildiği üzere "tüm devlet otoritesinin halktan kaynaklandığı" demokratik bir devlette, anayasal denetim ancak demokrasiyle uyumlu olduğu takdirde meşru olabilir. Devlet otoritesinin parlamento tarafından kullanılması meşrudur, çünkü parlamento halkı temsil eder. Bu temsil demokratiktir, çünkü parlamento üyeleri serbest ve genel seçimlerle seçilir ve denetlenir. Anayasal denetim söz konusu olduğunda, en azından genel olarak, durum farklıdır. Anayasa mahkemesi yargıçları kural olarak doğrudan demokratik meşruiyete sahip değildir ve halkın da normal olarak onları yeniden seçmeyerek kontrol etme imkânı yoktur. Bu durum demokrasi ile bağdaşır mı?

Anayasal denetimi demokrasiyle bağdaştırmanın tek yolu, onu da halkın temsili olarak düşünmektir. Ancak bu yaklaşım iki engelle karşılaşır gibi görünmektedir. Birincisi, temsil zorunlu olarak seçimlerle bağlantılı görünmektedir ve ikincisi, eğer temsil seçimler olmadan mümkün olsaydı, bu tür bir temsil neden seçimlere dayalı temsilden daha öncelikli olmalıdır?

3.1. Argümantatif Temsil

Bu sorunların ve dolayısıyla genel anayasal denetim sorununun çözümünün anahtarı, argümantatif temsil kavramıdır. Temsil, bir *repraesentandum* ile bir *repraesentans* arasındaki iki konumlu bir ilişkidir. Parlamenter yasama faaliyeti durumunda *repraesentandum* -halk- ve *repraesentans* -parlamento- arasındaki ilişki esasen seçimle belirlenir. Şimdi, seçim ve çoğunluk kuralı kavramları etrafında şekillenen bir karar alma sisteminden başka bir şey içermeyen bir demokrasi resmi çizmek mümkündür. Bu tamamen kararlara dayalı bir demokrasi modeli olacaktır. Ancak uygun bir demokrasi kavramı sadece kararı değil aynı zamanda argümanı da içermelidir. Argümanın demokrasi kavramına dahil edilmesi demokrasiyi müzakereci yapar. Müzakereci demokrasi, kamusal karar alma aracı olarak söylemi mümkün olduğunca kurumsallaştırma girişimidir. Bu nedenle halk ile parlamento arasındaki bağ sadece seçimlerde ve oylamalarda ifade edilen kararlarla değil, aynı zamanda argümanlarla da belirlenmelidir. Bu şekilde, halkın parlamento tarafından temsili aynı zamanda hem iradi veya karar verici hem de argümantatif veya söylemseldir.

Halkın bir anayasa mahkemesi tarafından temsili ise bunun aksine tamamen argümantatiftir. Parlamento tarafından temsilin söylemsel olduğu kadar iradi de olması, temsil ve argümantasyonun uyumsuz olmadığını göstermektedir. Aksine,

uygun bir temsil kavramı - Leibholz'un ifadesiyle - bazı "ideal değerlere" atıfta bulunmalıdır. Temsil, Kelsen'in önerdiği gibi bir vekaletten ve Carl Schmitt'in savunduğu gibi *repraesentandum*'u var kılmaktan daha fazlasıdır. Elbette, her ikisinin de unsurlarını içerir, yani temsil zorunlu olarak normatif olduğu kadar gerçektir de, ancak bu unsurlar bu kavramı tüketmez. Temsil zorunlu olarak doğruluk iddiasında bulunur. Bu nedenle, tam teşekküllü bir temsil kavramı, kararı söyleme bağlayan ideal bir boyut içermelidir. Temsil böylece normatif, olgusal ve ideal boyutların bağlantısıyla tanımlanır.

3.2. Doğru Argümantatif Temsilin Koşulları

Anayasal denetimin bir eleştirisi, tüm bunların aşırı bir idealleştirmeye dayandığına itiraz edebilir. O, salt argümantatif temsilin bir kuruntu olduğunu savunacaktır. Bir kez ideal olan gerçek olanın yerini aldığı anda, anayasa mahkemesi her bir argümanı halkı temsil eden bir argüman olarak ilan etmekte özgürdür. Hiçbir sınır ve kontrol olmayacaktır. Anayasal denetim, insanların gerçekten düşündükleri ve talep ettikleri şeylerden dilediği kadar uzaklaşabilir ve yine de onları temsil ettiği iddiasında bulunabilir. Anayasal haklarla başlayıp dengeleme, söylem ve anayasal denetimle devam eden söylemsel anayasacılık yolu, her şeyin meşrulaştırılmasının mümkün olduğu bir yanılsamayla son bulur.

Bu itiraz, ilk olarak, argüman veya söylem olarak anayasal denetimin her şeye izin vermediğini ve ikinci olarak, temsil olarak anayasal denetimin insanların gerçekten ne düşündükleriyle bağlantılı olabileceğini göstermek mümkünse reddedilebilir. Argüman olarak anayasal denetim, iyi ile kötü veya daha iyi ile daha kötü anayasal argümanlar birbirinden ayırt edilebildiği sürece her şeye izin vermez. Yukarıda sunulan örneklerin analizi, anayasal argümantasyonda rasyonel argümanın ve dolayısıyla nesnellüğün önemli ölçüde mümkün olduğunu göstermektedir. Ayrıca, argümanların çıkmaza girdiği durumların varlığının anayasal denetim için hiçbir tehlike teşkil etmediğini de göstermektedir. Çıkmaza girilen durumlarda yasa koyucunun takdir yetkisi vardır ve eğer anayasa her bir ve her hukuki sorun hakkında karar vermiyorsa, yasa koyucunun takdir yetkisi gereklidir. İhtiyacımız olan tek şey, kapsamı yeterince geniş olan bir davalar sınıfıdır; müdahalenin yoğunluğuna ilişkin kararların, anayasayı kabul eden herkes tarafından iyi veya en azından makul olarak kabul edilen argümanlarla desteklenebileceği davalar.

İyi ya da makul argümanların varlığı, müzakere ya da derinlemesine düşünme için yeterlidir ancak temsil için yeterli değildir. Bunun için mahkemenin sadece kendi argümanlarının halkın argümanları olduğunu iddia etmesi yetmez; yeterli sayıda insanın, en azından uzun vadede, bu argümanları doğru oldukları gerekçesiyle

kabul etmesi gerekir. Sadece rasyonel kişiler bir argümanı doğru veya sağlam olduğu gerekçesiyle kabul edebilir. Bu, gerçek argümantatif temsilin iki temel koşulu olduğunu göstermektedir: (1) sağlam veya doğru argümanların varlığı ve (2) rasyonel kişilerin, yani sağlam veya doğru argümanları sağlam veya doğru oldukları için kabul edebilecek ve kabul etmeye istekli kişilerin varlığı. Bu kişileri, John Rawls'ın liberal kişi kavramına benzer şekilde "anayasal kişiler" olarak adlandırabiliriz. Anayasal denetim ancak anayasa mahkemesi tarafından sunulan argümanlar sağlamsa ve ancak toplumun yeterli sayıda üyesi rasyonel kapasitelerini kullanabiliyor ve kullanmaya istekli ise başarılı olabilir.

Bu koşullar yerine getirildiğinde, yukarıda ortaya atılan salt argümantatif temsilin neden seçime ve yeniden seçilmeye dayalı temsile göre önceliğe sahip olacağı sorusunun yanıtı artık zor değildir. Söylemsel anayasacılık, bir bütün olarak, akıl ve doğruluğu kurumsallaştırma girişimidir. Mantıklı kişiler kadar sağlam ve doğru argümanlar da varsa, akıl ve doğruluk, anayasal denetimle onsuz olduğundan daha iyi kurumsallaşır.