1. לפי **הארט** העיקרון שמייצג את הפוזיטיביזם זה ההבחנה בין **משפט ומוסר.** הוא מבחין בין החוק כפי שהוא לבין החוק כפי שהוא צריך להיות- חוק אידאלי(מבחינה מוסרית, כלכלית וחברתית). מוסר הוא השקפת עולם ואישיות לעומת זאת, החוק הוא אובייקטיבי מה שקיים. כלומר, הפרדה בין זכויות משפטיות לזכויות מוסריות. הארט מסכים לגישתם של אוסטין ובנטהאם(תועלתניים) בעניין חשיבות ההבחנה ונחיצותה וזאת בכדי לאפשר לאנשים לראות באופן יציב את הבעיות המדויקות המתעוררות בשל קיומו של חוקים רעים מוסרית, ובכדי להבין את האופי המוגדר של הסמכות של פקודה חוקית. בנוסף, מה ששניהם רצו לקבוע באופן נחרץ היו שבהיעדר חוקה מפורשת או חקיקה ראשית מתאימה, לא ניתן לקבוע כי חוק אינו נחשב לחוק רק מהעובדה כי אותו חוק עבר על סטנדרטים מוסריים מסוימים ולהיפך. הארט מתעקש על כך שההבחנה הזו מקדמת את המוסריות של המשפט, זוהי נק' המוצא, אם החוק המצוי מנוגד למה שרצוי זה לא מביא לבטלותו. התוקף של החוק לא תלוי בצדק או במוסר שלו אלא רק תלוי בעניין העובדתי אם הוא נקבע כחוק. הארט מביא את דוג' הליבה והשוליים בכדי לבסס את רעיונו שחוקים חייבים להיות קשורים למשמעותן המילוליות של המילים המרכיבים אותם, ולא נועדו לייצג אמונה טבעית או מוסרית.

להפרדה זו **תפקיד נוסף** והוא להעניק למשפט הגנה משתי סכנות:

1. המשפט וסמכותו עלולים להתפורר בעקבות התפיסה של האדם את המוסר. הנחה זו נובעת מהנחה שגויה בה המשפט מקבל את תוקפו וסמכותו מן המוסר. לדעתו של הארט, הטענה "זה חוק תקף אבל לא מוסרי ולכן אסור לציית לו" עדיפה מבחינה מוסרית על הטענה "זה לא מוסרי ולכן זה לא חוק" או טענת האנרכיסט חוק לא צריך להיות חוק ולכן הוא לא כזה.
2. המשפט עלול להחליף את המוסריות במבחן הסופי לבחינת ההתנהגות ובכך יחמוק מביקורת. הפוזיטיביזם שיצר את ההפרדה בין החוק המצוי לרצוי טוען שברגע שגבול ההבחנה מטושטש ומשלבים מוסר בקביעת החוק, אנחנו מעמעמים את היכולת להצביע על פגמי החוק ולהציע תיקונים לשיפורו[ריאקציונר]. אך עם זאת, הארט ציין במאמרו שישנן נקודות בהן מערכת המשפט משיקה למוסריות.
3. פולר במאמרו מבקר באופן חריף את הפוזיטיביזם שיוצר הפרדה בין מוסר לבין משפט, וטוען שזה פסול ובעייתי מנקודת מבט מוסרית ולא רק מושגית. לדעתו, החוק בעל מוסריות פנימית הגוררת התנהלות מסוימת שהיא מוסרית בבסיסה ובלעדיה לא ניתן לציית לחוק. ההפרדה לא נחוצה ואף הרסנית כי האנשים לא רואים את שורשיו האמיתיים של המשפט.

**לדידו של פולר,** לא ברור האם לפי הארט ההבחנה בין חוק ומוסר היא משהו "קיים", או שהיא משהו "רצוי" ושעלינו לעזור לו ליצור אותה ולשמרה.פולר נוקט בגישת הנון-פוזיטיביסטית, המשפט הטבעי הפרוצדורלי, מכיוון שנקי המוצא שלו היא הצבעה בין המשפט לבין המוסר. לעומת זאת, הפוזיטיביזם מנתק בין מוסר לבין משפט (חוק לא מוסרי עדיין חוק) חותר תחת **הנאמנות לחוק.** בעצם ההפרדה שלה טוען הארט פותחת את הפרצה שחוקים יוכלו להיות תקפים גם כשהם לא מוסריים ובכך לא נקדם את האידאל של הנאמנות לחוק. בנוסף, הפוזיטיביזם מעודד את הציות העיוור לחוקים גם לחוק לא מוסרי ולפי הארט היא מביאה את האנשים לזלזל במשפט(במקרה הטוב) ומדכא התנגדות לשלטון אבסולוטי(במקרה הרע).לפי פולר, ההגדרה למשפט צריכה להיות כזו **שתקדם את עקרון הנאמנות לחוק** ולא רק תבהיר את המושג. פולר טוען שהבהירות האינטלקטואלית היא רק למראית עין, ושההשפעה של עמדה זו עלולה להיות מזיקה. תחת תנאים מסוימים התפיסה עלולה להיות מסוכנת, שכן בענייני בני האדם, מה שאנשים מקבלים בשגגה כאמת, נוטה להפוך לאמת מעצם קבלתו כאמת **[פולר, 631].**

כשנשאלת השאלה מה מטרתו של החוק, התשובה שניתנת היא שאין מטרה אלא זהו החוק. מכאן שלדעת פולר התאוריה הפוזיטיביסטית עיוותה את המטרה של הפילוסופיה המשפטית וזו מהווה סכנה **[פולר, 631]**.

צריך להבחין בין "משפט ראוי" ל"מוסר" ולא לבלבל בין השניים כפי שעשה הארט. זאת ועוד הוא מבחין בין "סדר" ל"סדר טוב" שהוא כזה המתאים לערכים המוסריים(צדק ושווין). כדי שהמערכת תשיג את המטרה היא צריכה להתנהל ע"פ "מוסריות של המשפט עצמו" כהגדרתו (בהמשך). יש קושי בהגדרת מערכת משפט אשר היא מערכת המושתת על מוסר מעוות – כי היא נעדרת סדר פנימי, הגיון ועקביות בין הכללים. פולר רואה בפוזיטיביזם מערכת שאינה מכוונת התנהגות וזו מסוכנת לחברה וטומנת בתוכנה פוטנציאל להרס השלטון והסדר החברתי ובמילים אחרות כאוס. ובנוסף שלטון החוק הוא הפקודה של הריבון, כלומר, אם נבחר להגדיר חוק בנפרד ממוסר זה לא יועיל לנו. פולר טוען שרק תורת משפט הקושרת בין משפט לבין מוסר אידאלי מבטאת את ערך המשפט. הזיקה של אזרחים לחוק צריכה להיות דרך המוסר! טבעם של הכללים הבסיסיים הוא כמו הכללים של המוסר, כאשר הם נשענים עליהם התפיסה היא שהם צודקים והכרחיים.

החוק מכוון התנהגות, מאפשר שת"פ, מוציא את הטוב מבני אדם. אם חוק רע זכאי לכבוד מאיתנו אז החוק צריך לייצג כיוון כללי של מאמץ אנושי שאותו נוכל להבין ולתאר, גם כשהוא נראה מחטיא את מטרתו.

1. פולר מבדיל בין **"סדר" ו"סדר טוב".** חוק אשר נחשב כסדר, מכיל מוסר משתמע משל עצמו, המוסר של הסדר צריך להיות מכובד אם אנחנו רוצים ליצור חוק, גם אם הוא רע. לעומת זאת, חוק אשר נחשב כסדר טוב הוא חוק שתואם לדרישות הצדק וערכי המוסר, לסדר מתפקד.

יש שני מובנים לכך שחוק לא יכול להיבנות על חוק. ראשית, **מוסריות חיצונית**: הסמכות לייצר חוק חייבת להישען על עמדה מוסרית שמעניקה לה כשירות. מדובר על מוסר חיצוני לחוק שהופך את החוק לאפשרי. אך זה לא מספיק כי עדיין לא יכול להיות לנו חוק עד שהמלך(ריבון\שליט) יהיה מוכן לקבל את המוסר הפנימי של החוק עצמו. בחיי האומה, המוסר החיצוני והפנימי לחוק משפיעים אחד על השני; הרעה של אחד מהם תשפיע על השני.

הארט שולל את ההיבט של "הצדק שבניהול החוק" הכולל טיפול "דומה" במקרים "דומים" של החוק כאחד שאינו רלוונטי למפעלו העיקרי. אך פולר טוען שזו טעות חמורה. לדעתו זוהי התרשלות לנתח את הדרישות של המוסר של הסדר אשר מובילה אותו, להתייחס אל המשפט כאל נתון אשר מקרין את עצמו לתוך חווית האדם, ולא כאל המטרה של מאמץ אנושי. לדעת פולר היא שהמשמעות הפוזיטיבית היוצרת חיץ בין החוק למוסר היא בלתי קבילה. ובנוסף טוען שהארט מתעלם לחלוטין מהמוסר הפנימי ההכרחי ליצירת כל חוק[**פולר,646-647].** כפי שהזכרתי לעיל פולר טוען שיש בערכים מובהקים של צדק ושוויון כדי שנוכל להגדיר מערכת של כללים כמערכת משפטית (חקיקה רטרואקטיבית בעייתית למוסר הפנימי של החוק).

1. פולר טוען שמערכת המקפחת את שלטון החוק היא מדורדרת מבחינה מוסרית מכיוון שהשלטון מביא עמו תוכן ראוי של חוקים. דוגמא לכך המשטר הנאצי. הנאצים, לדבריו, הפרו באופן חמור מדי את עקרונות מוסריות המשפט הפנימית (בכך שפעלו לפי הקפריזיות של היטלר, חוקים לא ברורים וסודיים, פשעי שנאה) וגם את תוכן החוקים (הגזעניים והאכזריים). הוגים גרמניים חששו מעצם קיומם של חוקים רעים מוסרית. לדעתו של פולר, הקשר בין הפוזיטיביזם לעליית היטלר לשלטון לא מקרי. הגישה הזו שסוברת שבתחום המשפט נכלל רק המצוי ומה שנהוג בפועל, ללא קשר למוסר ולערכים חיצוניים, הביאה למצב שבו נאצים הסתתרו מאחורי כך שהם רק מילאו פקודות וקיימו את החוק. מכאן נוכל להבין שהגישה הרווחת אצל פילוסופים שונים הדוחה את הפוזיטיביזם בכך שהיא הסיבה לאסון של שלטון הנאצים, **משמע שהנאציזם היה תוצר ישיר של הגישה הפוזיטיבית,** כך גם סבר ההוגה גוסטב רדברוך**.** המסקנה היא שהחוק לא מחייב אם הוא לא עולה בקנה אחד עם עקרונות מוסריים בסיסיים, המשפט מכיל חלקים ההכרחיים של המוסר האנושי.
2. עלתה ביקורת בכך שההפרדה בין חוק למוסר גורמת לכפיפה יתרה לחוק, גם אם החוק רע מוסרית. דוג' זו עולה מן המשטר הנאצי. הארט טוען שהתהליכים ההיסטוריים הביאו לעלייה של הנאצים ולא ההפרדה בין חוק למוסר ("חוק זה חוק"). הוכחה לכך היא שבעוד מקומות קיימת הפרדה בין חוק למוסר ותופעת הנאציזם הופיעה **רק בגרמניה** ולא באף מקום אחר. הוא אף סבור שבזכות טענת ההפרדה הזו יהיה אפשרי לבקר חוקים שהם ״רעים מוסרית״. השאלה בדבר תקפותו של חוק אינה מסיימת את הדיון באשר ל-האם יש לציית לו. **יש בנושא הזה מוסריות אמירה**, כשהחוק לא עונה על דרישות מוסריות מינימליות למעשה עקרון ההפרדה דווקא טוב. שכן עצם תקפות החוק לא יוצרת חובה לציית לו, גם אם הוא נוגד את המוסר **[הארט, 616].** הובאה במאמרו דוגמת האישה שהורשעה על כך שהלשינה על בעלה שעבר על החוק הנאצי. בעיקרון הארט אומר שאין לערבב בין משפט למוסר, כיוון שהם שני דברים שונים. אך כאן יש מקרה שונה מהנוף, חריג, חוקי הנאצים הם לא מוסריים ולכן ניתן לעשות חקיקה רטרואקטיבית (רטרוספקטיבית) שאוסרת התנהגות זו וכך אפשר להרשיע עפ״י החוקים החדשים. במקרה זה, כאשר יש התנגשות חדה בין החובה המשפטית לחובה המוסרית הארט אומר שייתכן עיקרון החוקיות נפגע, אבל בגלל שמדובר בחוקים כל כך קיצוניים נגד האנושות אפשרי להקריב את העיקרון הזה ולבחור במוסר. רק צריך לעשות זאת בכנות, ולהציג זאת כבחירה ברע במיעוטו (אי ההרשעה והקרבת עקרון מוסרי יקר ערך).
3. מערכת המשפט הגרמנית מתמודדת עם התוצאות של לאחר התמוטטות הנאציזם. כעת היא רוצה לעבור למערכת משפטית חדשה ובנוסף להצהיר שחוקים אלו נגדו את כללי הצדק הבסיסי כדי לאפשר ענישה של מעשי עוול שהיו "חוקיים" בזמן ביצועם. אומנם, יש צורך בביטול החוק של הנאצים, אבל אם יבטלו כל חקיקה במשטרו של היטלר יגיעו למצב של חוסרים רבים במשפט. מנגד לא ניתן להעביר לממשלה החדשה את השלכות העיוותים של הנאצים שנעשו בשם החוק. בתי המשפט בגרמניה המערבית נאלצו, להכריע במקרים של אנשים שניצלו את חוקי הנאצים כדי לסגור חשבונות ולהיפטר מאנשים ממניעי נקם אישיים.

לאחר המלחמה נוצרה בעיה בשפיטתם של מלשינים ומשתפי פעולה עם הנאצים מכיוון שהענישה היא על מעשים שהוא חוקיים בזמן עשייתם! למרות שהחוקים לא מוסריים בעליל, חוק הוא חוק. דוג' של תובע חייל גרמני שביקר את אשתו שעה שהוא מתלונן ומבקר את הנאצים. האישה הלשינה על בעלה כדי להיפטר ממנו(ניהלה רומנים). הבעל נידון למוות אך בשל חוסר בלוחמים הוא נשלח להילחם. לבסוף אשתו נתבעה וטענה שהיא לא ביצעה פשע כי זה היה לפי החוק הנאצי. האישה והשופט הורשעו בגרימת מאסר שווא. בית המשפט המערב-גרמני קובע שהחוקים כלל לא היו חוקים ואינם תקפים (טיעון של משפט טבעי). החקיקה לפיה האישה פעלה הייתה משוללת כל יסוד מוסרי וטבעי, ונגדה את הצדק הבסיסי של כל בני האדם. [הארט,619]. בעצם כאן יישמו את גישתו של רדברוך – למוסר יש עקרונות נחוצים של המוסר האנושי.

**הארט– מבקר את ההחלטות השיפוטיות של בימ"ש בביטול חלק מהחוקים של הנאצים, אם נאמר על החוק שהוא בלתי מוסרי הוא לא יכול להיות חוק, כי בכך נעודד את הדרך בה לא נצטרך "להקריב" אף אחד מן הערכים [הארט,619-620]. הכרזת חוק כלא תקף היא לא הדרך היחידה, ניתן לאפשר לאישה לצאת ללא עונש** או **להעניש אותה ע"פ חוק רטרוספקטיבי [ברגע שמשתמשים בחוק זה אנו מטשטשים את הגבול של עקרון החוקיות]. לדעתו, יש לבחור ברע במיעוטו! הוא מודע לכך שזה עלול לפגוע בעקרון החוקיות, אך לדעתו הפגם זעיר יחסית ולכן יש להקריבו למען החשיבות שמדובר במעשים מעוותים(לעיל) כלומר להשתמש בחוק רטרוספקטיבי כפתרון גם במקרה של המלשינים וגם משת"פ עם הנאצים.**

**פולר –** התמודדות זו היא השיא במערכת השפיטה של גרמניה. הוא מבקר את הצעתו של הארט בפתרון ע"י חוק רטרוספקטיבי. הוא מבקש לראות בחוקים שחלו כבטלים! הוא מתעסק במי היה צריך להכריז על בטלותם ולא בסוגייה של הנאמנות לחוק. לדעתו, עלינו לבדוק עד כמה שרדה המערכת את ההשפלה וההרס של הסדר החברת תחת הנאציזם, ומה ההשלכות על האזרחים בעלי מצפון שבעל כורחם חיו תחתם. פולר טוען שאין זה נכון לדרוש מבימ"ש לעשות בדק בית על העקרונות הפרשניים בתקופת הנאציזם כפי ש-הארט טוען. בנוסף חוק רטרואקטיבי מאיים ומרוקן מתוכן את ספר החוקים ויתרה מכך נוצר בלבול מוסרי כשבימ"ש מסרב ליישם משהו כאשר הוא מודה שזהו חוק. המצב שנוצר הוא חריג, מצב חירום ולא היה זמן לחקיקת חוק רטרואקטיבי!

1. המחוקק שואב את סמכותו מכוח חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ובכך מתמודד עם הבעיה. זהו חוק רטרואקטיבי, השונה בתכליתו משאר דברי החקיקה הרגילים. הפתרון דומה לפתרונו של הארט. לפי לשון החוק אנו מענישים על מעשה פשע באם זה קרה באחת מאלה "תקופת שלטון הנאצי", "מדינה עוינת", "תקופת מלחמת העולם השנייה". האם זה אפשרי? ב- **ע"פ 1/48 סילבסטר** הכשירו את האפשרות לעשות שימוש בחוק רטרואקטיבי וזאת לא בגלל שהכלל מחייב אלא כי בבסיסו נובע מן הצדק. **בפרשת אייכמן** מדובר בחוק רטרוספקטיבי. כלומר, החקיקה הזו בתוקף למפרע לא יצרה פשע חדש ולכן אין לומר שלעושה מעשה שבו נאשם המערער לא יכלה להיות מודעות פלילית, להפך! ע"פ השכל הישר מי שעשה באמת מעשה מסוג זה ידע שנקט במעשה פשע (למשל, הוציאו את גופות הנרצחים מהקבר ושרפו אותם). השופט בפס"ד אייכמן סובר שיש תוקף למפרע והוא לא מתנגש עם כללי הצדק הטבעי או היושר האלמנטרי. בנסיבות רגילות לא הייתה פעולה אינדיפרנטית בשעת המעשה שרק לאחר מכן המחוקק הודיע עליה כפסולה מכיוון שהיא חותרת תחת הגדרת פשע. משמע, לא ניתן לומר שהמעשים שהוגדרו בחוק זה לא היו ניתנים לידיעה שהם בגדר מעשה פלילי. יתרה מכך, החוק הזה לא מתנגש ע"י תחולתו למפרע עם כללי הצדק הטבעי אלא להפך מגשים את דרישות הצדק האלמנטרי.