طرحت في الفقه الإسلامي مسالة الأساس الذي يستمّد منه العرف قوّته الإلزامية، الصدد عدّة نظريات من بين هذه النظريات تلك التّي تبني إلزام العرف علىإرادة المشرّع، و لكن سبق العرف للتّشريع كاف لدحض هذه النّظرية، و هكذا أوجد الفقــه أساس الضّمير الجماعيباعتبار أنّ الـــقانون استنادا إلى المذهب التّاريخي ينشأ، و العـرف أفـــضل وسيلة للتّعبير عن ذلك، لكن إلى هذا الحدّ يكون المذهب التّاريخي قد أسهم في بيان العناصرالمكونّة للعرف، و خاصّة العنصر المعنوي دون ينـــفذ إلى جوهر أساسإلزام العرف لغموض الفكرة المبنيّة عليها أصلا النظرية التّاريخية. بمعنى أنّ العرف يأخـذ قوّته الإلـزامية بعـد أخذ و لا شكّ أنّ هذه الفكرة لها ما يبـررّها في نظام السّوابقالقضائية (النظام الإنجليزي)، و لكن يكفي الرّجوع إلى إلزامية القواعدالعرفية المهنية لدحض هذه النظرية التّي لا تستقيم أيضا مـن زّاوية كونالقضاء يطّبق القانون الذي يسبق إلزامه كلّ ما هنالك أنّ القضاء يمكن أنيساعد في تحديد مضمون العرف، و هكذا ينتهي الرأيالغالب إلى أنّ للعرف قوّة إلزامية ذاتية معترف بها من السّلطة العامّة (م 1 ق مدني).

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي