

طرحت في الفقه الإسلامي مسألة الأساس الذي يستمد منه العرف قوته الإلزامية، الصدد عدّة نظريات من بين هذه النظريات تلك التي تبني إلزام العرف على إرادة المشرع، ولكن سبق العرف للتشريع كاف لدحض هذه النظرية، و هكذا أوجد الفقه أساس الضمير الجماعي باعتبار أن القانون استنادا إلى المذهب التأريخي ينشأ، و العرف أفضل وسيلة للتغيير عن ذلك، لكن إلى هذا الحد يكون المذهب التأريخي قد أسمى في بيان العناصر المكونة للعرف، و خاصة العنصر المعنوي دون ينفذ إلى جوهر أساس إلزام العرف لغموض الفكرة المبنية عليها أصلاً النظرية التاريخية. بمعنى أن العرف يأخذ قوته الإلزامية بعد أخذ و لا شك أن هذه الفكرة لها ما يبررها في نظام السوابق القضائية (النظام الإنجليزي)، ولكن يكفي الرجوع إلى إلزامية القواعد العرفية المهنية لدحض هذه النظرية التي لا تستقيم أيضاً من زاوية كون القضاء يطبق القانون الذي يسبق إلزامه كل ما هناك أن القضاء يمكن أن يساعد في تحديد مضمون العرف، و هكذا ينتهي الرأي بالغالب إلى أن للعرف قوّة إلزامية ذاتية معترف بها من السلطة العامة (م 1 ق مدني).