

طرحـت في الفقه الإسلامي مسألة الأساس الذي يستمد منه العرف قوَّته الإلزامية، الصدد عدَّة نظريات من بين هذه النظريات تلك التي تبني إلزام العرف على إرادة المشرِّع، و لكن سبق العرف للتَّشريع كاف لدحض هذه النِّظَريَّة، و هكذا أوجد الفقه أساس الضَّمير الجماعي باعتبار أنَّ القانون استناداً إلى المذهب التَّاريخي ينشأ، و العرف أفضل وسيلة للتَّعبير عن ذلك، لكن إلى هذا الحدَّ يكون المذهب التَّاريخي قد أسهم في بيان العناصر المكوِّنة للعرف، و خاصَّة العنصر المعنوي دون ينفذ إلى جوهر أساس إلزام العرف لغموض الفكرة المبنية عليها أصلاً النِّظَريَّة التَّاريخية. بمعنى أنَّ العرف يأخذ قوَّته الإلزامية بعد أخذ و لا شكَّ أنَّ هذه الفكرة لها ما يبرِّرها في نظام السَّوابق القضائية (النظام الإنجليزي)، و لكن يكفي الرُّجوع إلى إلزامية القواعد العرفية المهنية لدحض هذه النِّظَريَّة التي لا تستقيم أيضاً من زاوية كون القضاء يطبِّق القانون الذي يسبق إلزامه كلَّ ما هنالك أنَّ القضاء يمكن أن يساعد في تحديد مضمون العرف، و هكذا ينتهي الرأى الغالب إلى أنَّ للعرف قوَّة إلزامية ذاتية معترف بها من السَّلطة العامَّة (م 1 ق مدني).