

يترجم عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده ، إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني. إذ يمكن لكل من المتعاقدين وضع ما يشاء من الشروط ، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد الآخر، وذلك استناداً إلى قاعدة حرية التعاقد ، ومن هذا المنطلق ذهب رأي من الفقهاء إلى أنه لا يمكن أن تتضمن عقود المساومة شروطاً تعسفية لأن كل شرط وارد في العقد هو وليد الاتفاق المشترك والحر للمتعاقدين ، مما ينفي صفة التعسف على كل الشروط الواردة في مثل هذه العقود ، خاصة وأن القانون منح للمتعاقدين كامل الحرية فيما يخص الشروط الثانوية للعقد وذلك بعد أن حدد الأركان والشروط الرئيسية له. فإذا أخذنا عقد البيع على سبيل المثال فإن المشرع حدد الشروط الرئيسية لهذا العقد في المادة 351 من القانون المدني والتي تنص على أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي" ، أما فيما يخص الشروط الثانوية فتركها لحرية المتعاقدين ، ويظهر ذلك من خلال عدم تطبيق نصوص الشروط التعسفية على عقود المساومة كما سيتم بيانه، وهذا على خلاف المشرع ، الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيّاً كان شكلها .