

Du *petit jury* au jury *de medietate linguae* en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise

David Gilles

Volume 49, numéro 1, 2019

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1081062ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1081062ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gilles, D. (2019). Du *petit jury* au jury *de medietate linguae* en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 49(1), 131–222.
<https://doi.org/10.7202/1081062ar>

Résumé de l'article

L'institution du jury, née au sein de la common law en reprenant les pratiques saxonnes, s'affirme très tôt, dès la Magna Carta, comme l'une des libertés anglaises. Diverse dans ses formes et dans son évolution, elle est transposée naturellement dans le contexte colonial par des colons qui en font un objet d'attachement culturel autant qu'un mécanisme procédural. Particulièrement adapté au contexte colonial, particulièrement souple au regard de la diversité culturelle des colonies américaines, le jury joue un rôle important dans l'affirmation des intérêts des colons tout au long du XVIII^e siècle. Capable de résoudre des différends dans un contexte multi culturel, le jury, notamment dans sa forme de medietate linguae, permet lors de la conquête de la Nouvelle-France de créer une justice équitable, ouverte tant aux intérêts des Britanniques que des nouveaux sujets francophones. Critiqué, mise en discussion au moment de l'Acte de Québec, la procédure du jury constitue néanmoins l'un des gains pour la communauté canadienne dans les premiers temps de la colonie britannique, au même titre que l'habeas corpus, qui sera introduit plus tardivement.

Du *petit jury* au jury de *medietate linguae* en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise

par David GILLES*

L'institution du jury, née au sein de la common law en reprenant les pratiques saxonnes, s'affirme très tôt, dès la Magna Carta, comme l'une des libertés anglaises. Diverse dans ses formes et dans son évolution, elle est transposée naturellement dans le contexte colonial par des colons qui en font un objet d'attachement culturel autant qu'un mécanisme procédural. Particulièrement adapté au contexte colonial, particulièrement souple au regard de la diversité culturelle des colonies américaines, le jury joue un rôle important dans l'affirmation des intérêts des colons tout au long du XVIII^e siècle. Capable de résoudre des différends dans un contexte multi culturel, le jury, notamment dans sa forme de medietate linguae, permet lors de la conquête de la Nouvelle-France de créer une justice équitable, ouverte tant aux intérêts des Britanniques que des nouveaux sujets francophones. Critiqué, mise en discussion au moment de l'Acte de Québec, la procédure du jury constitue néanmoins l'un des gains pour la communauté canadienne dans les premiers temps de la colonie britannique, au même titre que l'habeas corpus, qui sera introduit plus tardivement.

* Professeur titulaire, Université de Sherbrooke. Outre les évaluateurs anonymes de son texte, l'auteur tient à remercier chaleureusement Chantal Racette (LL B.), pour sa contribution à la recherche et son excellent travail de recherche dans le cours *Histoire du droit privé*, ainsi que Marie-Ève Plamondon (LL. B., titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées de deuxième cycle en common law et droit transnational (*Juris Doctor*)), étudiante de deuxième cycle, pour son apport à cette réflexion.

The establishment of the jury system, which originated in an Anglo-Saxon custom, introduced a procedure that took hold very early on – even before the grant of the Magna Carta – as one of the most basic of English freedoms. This multi-varied and eclectic legal transplant in the colonial context can be viewed both as an object of cultural attachment and as a procedural mechanism. The malleability of the jury system with respect to the cultural diversity of the American colonies enabled it to play an important role in affirming the interests of settlers throughout the 18th century. A tool for resolving disputes in a multi-cultural context, the jury de medietate linguae in particular – assured justice during the Conquest of New France for both the British and new French-speaking subjects. The jury system, although much criticized and often impugned at the time of the introduction of the Quebec Act, can nevertheless be considered as a benefit the Canadian people reaped from the early days of the British colony, much like Habeas Corpus, a procedure which was introduced subsequently.

SOMMAIRE

I.	L'affirmation de la procédure du jury comme une « liberté britannique »	145
A)	La genèse de la procédure	147
1.	La formalisation de la procédure par le pouvoir royal.....	147
2.	L'affirmation judiciaire et politique de l'institution....	151
B)	« The liberties of England cannot but subsist, so long as palladium remains sacred and inviolate » : la représentativité comme fer de lance de l'équité	155
1.	La représentativité des pairs comme gage d'équité.....	156
2.	La procédure <i>de medietate linguae</i>	158
II.	La consécration des jurys comme outil politique dans le contexte colonial des treize colonies	163
A)	Le jury comme outil d'autonomisation coloniale.....	165
B)	L'appropriation de la dimension politique des jurys par les colons des treize colonies.....	169
1.	L'adaptation au contexte colonial : mixité, représentativité et sélection	171
2.	La récusation des jurés en contexte colonial : instrument « impartial » mais politique.....	177
3.	« The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce »	179
III.	L'implantation des jurys dans la Province de Québec : le jury <i>de medietate linguae</i> comme <i>deus ex machina</i> de la Conquête et de l'accommodement culturel	187
A)	Le jury, « droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir »... en contexte colonial	189
B)	Les débats autour de l'affirmation et de la critique d'un outil de justice populaire et identitaire	196
	Conclusion	220

[H]ow admirably this constitution is adapted and framed for the investigation of truth, beyond any other method of trial in the world.

Parmi les institutions que l'on conserve uniquement parce qu'elles sont vieilles figure au premier rang l'institution du jury. Rien n'est plus utile que cette balançoire-là pour empêcher que la justice ait son cours [...] Il n'y a que dans le cas où un pauvre diable de criminel canadien a bel et bien mérité la corde qu'il peut s'attendre à ce qu'on lui applique tout le bénéfice de la loi. Parmi les jurés, ses compatriotes le condamneront parce qu'ils le croiront coupable, et les autres l'auraient condamné quand même. Mais s'il s'agit d'un homme qui n'a pas de poil aux pattes, aurait-il été convaincu [d'avoir] assassiné 20 Canayousses [*sic*] il y aura toujours sur les douze quelqu'un qui dira que c'est l'accusé qui a été assassiné. Les jurés sont juges du fait, et vous aurez beau prouver qu'il fait clair en plein jour, si l'un des douze s'obstine à dire le contraire, légalement parlant, il fera aussi noir partout que dans sa propre intelligence¹.

Le terme « jury » est employé de nos jours pour désigner toute instance collective chargée de délibérer sur une question donnée pour rendre une décision commune. Dans le domaine judiciaire, il désigne un groupe de personnes, les jurés, en principe non professionnels, qui siègent aux côtés de magistrats professionnels et qui délibèrent soit en présence des juges, soit en formation séparée pour rendre une décision. Simples citoyens – *a priori* dépourvus de toute formation juridique –, les jurés incarnent, à l'instar des juges professionnels, une sorte de justice « populaire ». Formellement, le rôle du jury est de peser les éléments de preuve afin de déterminer les véritables faits, c'est-à-dire ce qui s'est réellement produit, notamment en matière criminelle². Le juge donne la

¹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 9^e éd. par W. STRAHAN et T. CADELL, New York, Garland, 1978, p. 355. A. FILIATREULT, « Une excellente institution », *Le Canard*, 19 novembre 1881, p. 2.

² Thomas A. GREEN, « Jury Trial and its Critics in the Eighteenth Century », dans Thomas A. GREEN (dir.), *Verdict According to Conscience. Perspectives on the*

direction au jury pour ce qui est du droit applicable que celui-ci doit ensuite transposer aux faits de l'affaire afin de parvenir à un verdict³. Envisagé comme un droit propre à la tradition constitutionnelle britannique, le jury se doit d'être représentatif de la population canadienne, archétype de la justice par les pairs. Cette dimension trouve une acuité particulière dans le contexte des sociétés contemporaines multiculturelles et plus encore néocoloniales. Le 9 août 2016, un jeune Cri âgé de 22 ans, Colten Boushie, appartenant à la Première Nation des Red Pheasant, est abattu par Gerald Stanley, fermier blanc. Au début de février 2018, ce dernier est acquitté après 13 heures de délibération par un jury entièrement composé de Blancs à Battleford, sous la présidence d'un juge blanc⁴. Le jury est convaincu de la non-culpabilité de Gerald Stanley aux accusations de meurtre au second degré et le dit également innocent des charges mineures d'homicide involontaire. À la suite de cet événement, de nombreuses voix s'élèvent contre la dimension partielle, voire raciste, d'un jury entièrement composé de Blancs dans une cause où un Autochtone se trouve impliqué, au sein de la communauté amérindienne⁵ et plus largement du grand public. Isadore Day, chef de l'Assemblée des Premières Nations de l'Ontario, qualifie ce jugement d'outrage et de

English Criminal Trial Jury, 1200-1800, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 267-317; Thomas A. GREEN, « A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800 » dans James S. COCKBURN et Thomas A. GREEN (dir.), *Twelve Good Men and True. The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 358-400; Peter KING, *Crime, Justice, and Discretion in England, 1740-1820*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 246-252.

³ *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27.

⁴ *Id.*

⁵ Voir, par exemple, les publications de Gina Starblanket, Cri/Sulteaux et membre de la communauté crie Star Blanket signataire du Traité 4 en Saskatchewan, et de Dallas Hunt, Cri également et membre de la Première Nation Swan River, signataire du Traité 8 au Nord de l'Alberta : Gina STARBLANKET et Dallas HUNT, « How the Death of Colten Boushie Became Recast as the Story of a Knight Protecting his Castle », *The Globe and Mail*, 13 février 2018, en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/how-the-death-of-colten-boushie-became-recast-as-the-story-of-a-knight-protecting-his-castle/article37958746/>>.

« black eye for Canada »⁶. Ce type de cause en rappelle certaines autres d’Afrique du Sud où, dans le système d’apartheid, de telles configurations et sentences étaient monnaie courante. Bien évidemment, le Canada de 2018 et l’Afrique du Sud de l’apartheid n’ont rien à voir. Toutefois, dans ces deux réalités, l’héritage du jury issu de la common law se trouve placé devant des oppositions sociologiques et anthropologiques issues de la colonisation. Celles-ci, il faut bien l’écrire, reposent sur des processus de spoliation de terres par des communautés⁷ ainsi que sur des marginalisations sociologiques, anthropologiques et économiques des populations implantées sur ces terres. Le territoire sur lequel Boushie trouve la mort est régi par le Traité 6, négocié entre 1876 et 1898 entre la Couronne et les communautés crie et assiniboines⁸. Devant la dégradation de leurs conditions de vie, la prolifération des maladies ainsi que les pressions du fédéral et des autorités locales⁹, plusieurs communautés finissent par signer le Traité 6, mais elles doivent rapidement se tourner vers de menus larcins¹⁰ afin de subvenir à leurs besoins¹¹. Après la révolte autochtone de

⁶ Cité par Dan TAEKEMA, « Chief of Six Nations Calls for Indigenous Jury Members as Trial with Echoes of Colten Boushie Case Begins », *CBC News*, 10 juin 2018, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/hamilton/jon-styres-peter-khill-trial-colten-boushie-1.4698209>>.

⁷ John TOBIAS, « Canada’s Subjugation of the Plains Cree, 1879–1885 », (1985) 64-4 *Canadian Historical Review* 519.

⁸ Historiquement, dès la signature de ce traité, plusieurs dirigeants autochtones s’opposent à la spoliation qui en est la cause, le chef crie Wuttunee envoie d’ailleurs son frère cadet, Red Pheasant – qui donne son nom à la Première Nation – signer à sa place. De même, le chef cri Mistahimaskwa, dit Big Bear, dissident, affirme à l’époque ceci : « It was not given to us to have the rope about our necks », cité dans Roger L. NICHOLS, *The American Indian: Past and Present*, 4^e éd., New York, VNR AG, 1992, p. 194.

⁹ Voir Jeffrey MONAGHAN, « Settler Governmentality and Racializing Surveillance in Canada’s North-West », (2013) 38-4 *Canadian Journal of Sociology* 487.

¹⁰ Brian HUBNER, « Horse Stealing and the Borderline: The NWMP and the Control of Indian Movement, 1874–1900 », dans W.M. Baker (dir.), *The Mounted Police and Prairie Society, 1873–1919*, Regina, University of Regina, 1998, p. 53-70.

¹¹ Julian BRAVE NOISECAT, « I am Colten Boushie. Canada is the All-White Jury that Acquitted his Killer », *The Guardian*, 28 février 2018, en ligne :

1885, notamment menée par les chefs Pounmaker et Big Bear¹² pour obtenir l'application de la part du gouvernement de ses obligations issues du Traité 6, la répression est sanglante. La Couronne fait pendre huit Cris à Battleford, en Saskatchewan¹³. John A. Macdonald, premier ministre de l'époque, affirme alors au commissaire aux Affaires indiennes Edgar Dewdney : « The executions of the Indians ought to convince the Red Man that the White Man governs »¹⁴. La situation conflictuelle perdure pendant de longues années sur ces territoires¹⁵, la justice blanche particulièrement partielle semblant durablement colorer les relations avec les Premières Nations¹⁶. Dans ce contexte, les conditions de vie des communautés amérindiennes restent très fragiles, une paupérisation et un développement des activités semi-clandestines se développant au début du XX^e siècle¹⁷. C'est en marge du système juridique impérialiste que les

<<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/feb/28/colten-boushie-canada-all-white-jury-acquitted>>.

¹² Sandra BINGAMAN, « The Trials of Poundmaker and Big Bear, 1885 », (1975) 28-3 *Saskatchewan History* 81-102.

¹³ Bob BEAL et Barry WRIGHT, « Summary and Incompetent Justice: Legal Responses to the 1885 Crisis », dans Barry WRIGHT et Susan BINNIE (dir.), *Canadian State Trials Volume III, 1840-1914*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 353-410.

¹⁴ Il ajoute notamment que « [i]t is a peculiarity of their race to be extremely susceptible to influence, to care little for tomorrow if the day satisfies their wants » : Blair STONECHILD, *The New Buffalo: The Struggle for Aboriginal Post-secondary Education*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2006, p. 25.

¹⁵ John JENNINGS, « The North West Mounted Police and Indian Policy after the 1885 Rebellion », dans F. Laurie BARRON et James B. WALDRAM (dir.), *1885 and After: Native Society in Transition*, Regina, Canadian Plains Research Centre, University of Regina, 1986, p. 225-240.

¹⁶ Bill WAISER, « The White Man Governs: The 1885 Indian Trials », dans B. WRIGHT et S. BINNIE (dir.), *Canadian State Trials Volume III: Political Trials and Security Measures, 1840-1914*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 451-480.

¹⁷ Resina MAWANI, « Legalities of Nature: Law, Empire, and Wilderness Landscapes in Canada », (2007) 13-6 *Social Identities* 715.

communautés amérindiennes prennent leur essor¹⁸, en quête de droits, de porte-voix¹⁹, d'interlocuteur impartiaux, ainsi que d'engagement à titre de citoyens au sein du système des communautés dominantes de la province²⁰. L'appartenance au jury et la présence dans le système de justice traditionnel en qualité de pair se pose en ces termes pour les membres des Premières Nations. Naturellement, la justice criminelle se trouve particulièrement mise en cause par cette problématique ethnique, anthropologique et juridique. Pourtant, l'instrument du jury figure à bien des égards au panthéon des institutions vecteurs de libertés et d'équité.

Dépassant ce cadre colonial, la Cour suprême du Canada, depuis 1991, a balisé la question de la représentativité du jury en tant que principe constitutionnel, les jurys devant représenter les communautés aussi largement que les circonstances le permettent :

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la Charte, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ²¹.

En 2015, dans l'affaire *R. c. Kokopenace*²², la Cour suprême précise les cadres selon lesquels la législation provinciale peut assurer la

¹⁸ Richard SMITH, « Rule-by-records and Rule-by-reports: Complementary Aspects of the British Imperial Rule of Law », (1985) 19-1 *Contributions to Indian Sociology* 153.

¹⁹ Emma LAROCQUE, *When the Other is Me: Native Resistance Discourse, 1850-1990*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2011, p. 85-86.

²⁰ Voir, par exemple, Keith SMITH, *Liberalism, Surveillance, and Resistance: Indigenous Communities in Western Canada, 1877-1927*, Edmonton, University of Alberta Press, 2009.

²¹ *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 525.

²² *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28.

représentativité des jurys, notamment dans le contexte autochtone, à travers l'inscription des habitants des réserves sur les listes de jurés. L'obligation de représentativité en la matière est remplie si l'État a donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés²³ ». Dans ce contexte, la province est soumise à une simple obligation de moyen, relativement large et peu contraignante quant au caractère effectivement représentatif des jurys, alors même qu'il existe dans l'histoire de la common law des exemples, comme le jury *de medietate linguae*, obligeant à une représentativité effective de la moitié des membres des jurys.

La question du jury, de la mixité de ce dernier, de sa représentativité et du recours aux jurys mixtes est soulevée par la population canadienne. Parmi la doctrine, plusieurs voix s'élèvent, comme celle de Kent Roach²⁴, afin de remettre en cause l'avenir des procès criminels devant jury²⁵, en particulier sur la question de la mixité et de la représentativité de ceux-ci²⁶. Évidemment, la capacité pour les avocats d'interroger d'éventuels jurés sur leurs préjugés raciaux qui pourraient contaminer leur capacité de prise de décision est au premier plan. Si la jurisprudence admet ce type d'interrogation, encore faut-il que le juge du procès autorise de telles questions, et leur forme peut poser problème. S'agirait-il de questions frontales ou de questions plus subtiles en vue d'amener de futurs jurés à dévoiler le fait qu'ils souscrivent à des préjugés raciaux? Quel serait le rôle de la Couronne dans une telle perspective?

²³ *Id.*, par. 2 : « Une telle possibilité est fournie lorsque l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative ».

²⁴ D. TAEKEMA, préc., note 7.

²⁵ Christopher GALLARDO-GANABAN, « The Lack of Representation of Indigenous People in Canadian Juries », *LawNow*, 3 janv. 2019, en ligne : <<https://www.lawnow.org/the-lack-of-representation-of-indigenous-people-in-canadian-juries/>>.

²⁶ Steven PENNEY et Kelly DAWSON, « Should Jury Selection be Changed? », *Alberta Views*, 1^{er} décembre 2018, en ligne : <<https://albertaviews.ca/jury-selection-changed/>>.

Dépassant cette problématique, la question de la représentativité du jury, dans le contexte d'un pays singulièrement multiculturel et comportant une forte communauté de Premières Nations surgit naturellement²⁷. Leur sélection pour faire partie des jurys par les avocats peut être utilisée pour garder les peuples autochtones ou d'autres minorités radicalisées à l'écart du jury. Le projet de loi n° C-75, présenté après le verdict de l'affaire *R. v. Stanley*, vise notamment cette procédure dont l'objet est de réformer la sélection des jurés pour obtenir des jurys plus représentatifs de la population canadienne²⁸. À l'inverse, le même choix des potentiels jurés pourrait être un outil en vue de promouvoir la diversité. Cette réflexion doit être menée naturellement dans un contexte historique plus large, qui mérite d'être rappelé. En effet, tournés vers l'avenir, dans l'idée de réformer un système jugé partiellement obsolète, les regards gagneraient également à revenir sur le passé, l'histoire offrant des modèles de jury mixtes quelque peu oubliés. Dans la procédure de common law, dans un contexte d'abord de droit privé puis de droit criminel, les juges britanniques et leurs homologues en Amérique du Nord s'adaptent graduellement à la question de la diversité culturelle et normative en développant la procédure du jury, particulièrement par la forme du jury *de medietate linguae*, afin d'assurer une plus grande représentativité de celui-ci. Sans prétendre apporter de nouvelles analyses historiques et archivistiques de la pratique de cette institution, nous voulons aborder de manière synthétique et globale la genèse du jury de common law en rappelant les quelques fondamentaux et adaptations historiques au contexte multiculturel qu'a connus l'institution en Angleterre et en Amérique du Nord.

²⁷ C'est le cas depuis déjà une longue période, comme le souligne la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le jury en droit pénal*, document de travail 27, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 45-55.

²⁸ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, projet de loi n° C-75 (1^{re} lecture – 29 mars 2018), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.).

Cette institution, aux origines fort anciennes²⁹, sera formalisée comme l'un des éléments caractérisant le procès de common law, propre aux régimes d'origine britannique³⁰. Blackstone affirmant que le jury est « the glory of the English law³¹ », celle-ci est, sans conteste, une institution de common law au sens strict, propre au peuple anglais. Ainsi, la procédure du jury civil n'est introduite, en Écosse, dans la sphère d'influence anglaise, qu'en 1816³². Si les études relatives au jury en matière criminelle sont très nombreuses à l'heure actuelle³³, celles qui concernent le domaine civil se font plus rares³⁴, notamment en langue française, bien que les recherches universitaires traitant de points ou de périodes spécifiques s'avèrent courantes.

²⁹ Sur ce point, voir : Dafydd JENKINS, « Towards the Jury in Medieval Wales », dans John W. CAIRNS et Grant McLEOD (dir.), *The Dearest Birth Right of the People of England. The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 17-46; dans le même ouvrage : Maureen MULHOLLAND, « The Jury in English Manorial Courts », p. 63-74; Roger D. GROOT, « The Early-thirteenth-century Criminal Jury », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 3-35; Edward POWELL, « Jury Trial at Gaol Delivery in the Late Middle Ages: The Midland Circuit, 1400-1429 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 78-116; John B. POST, « Jury Lists and Juries in the Late Fourteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 65-77.

³⁰ « A trial that hath been used time out of mind in this nation and seems to have been co-eval with the first civil government thereof » : W. BLACKSTONE, préc., note 1, p. 349.

³¹ *Id.*, p. 379.

³² John W. CAIRNS, « The Dearest Birth Right of the People of England: The Civil Jury in Modern Scottish Legal History », dans J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. 14.

³³ Voir notamment : Antonio PADOA SCHIOPPA (dir.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, vol. 4, Berlin, Dunker & Humblot, 1987; dans le même ouvrage, voir les contributions de : John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », p. 13-39 et T. A. GREEN, « The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution », p. 41-73.

³⁴ « For an institution absolutely central to the common law, there has been surprisingly little recent work on the civil jury, in comparison with the level of interest displayed in the criminal » : J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. vi et vii.

Profondément ancrée dans la tradition juridique anglaise³⁵, la pratique du jury se répand ainsi naturellement dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord³⁶ et au sein de l'Empire colonial britannique³⁷. La procédure du jury est traditionnellement considérée comme la pierre angulaire de la démocratie et de la primauté du droit en Angleterre. Pour Lord Devlin, dans son célèbre ouvrage portant sur le procès par jury, ce dernier constitue « [TRADUCTION] davantage qu'un instrument de justice et davantage qu'une seule roue de la Constitution : il est la lumière qui prouve que la liberté subsiste toujours³⁸ ». Le jury anglais fait ainsi figure de principe essentiel des libertés publiques anglaises et est reconnu comme un élément symbolique du caractère libéral de la justice de common law. L'importance des jurés en Angleterre est telle que leur présence a amené le droit anglais à construire tout un réseau d'exclusions en matière de preuve. Ainsi, le ministère public ne doit pas introduire devant eux certaines catégories d'indices, comme l'enquête de personnalité de l'accusé, en raison de la crainte d'une erreur

³⁵ Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, 421; St. George TUCKER, *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia*, vol. 4, Philadelphia, William Young Birch and Abraham Small, 1803, p. 349.

³⁶ John M. MURRIN, « Magistrates, Sinners, and a Precarious Liberty: Trial by Jury in Seventeenth-Century New England », dans David D. HALL, John M. MURRIN et Thad W. TATE (dir.), *Saints and Revolutionaries. Essays on Early American History*, New York, Norton, 1984, p. 152-206; Jack R. POLE, « A Quest of Thoughts: Representation and Moral Agency in the Early Anglo-american Jury », dans J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. 101-130; Richard D. YOUNGER, *The People's Panel: The Grand Jury in the United States, 1634-1941*, Providence, Brown University Press, 1963; Daniel J. HULSEBOSCH, « Imperia in Imperio: The Multiple Constitutions of Empire in New York, 1750-1777 », (1998) 16-2 *Law & History Review* 319.

³⁷ Voir Ken MacMILLAN, *Sovereignty and Possession in the English New World. The Legal Foundations of Empire 1576-1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 34-58.

³⁸ « [Trial] by jury is more than an instrument of Justice and more than one wheel of the constitution: it is the lamp that shows that freedom lives » : Lord DEVLIN, *Trial by Jury*, Londres, Steven and Sons, 1956, p. 164.

judiciaire qui pourrait résulter du préjugé de jurés informés que l'accusé possède, par exemple, un casier judiciaire. Toutefois, si l'historiographie ancienne, de Forsyth à Devlin³⁹, s'est portée vers une lecture politique du recours au jury comme fanal des libertés anglaises, l'historiographie moderne conteste cette caractéristique dans le contexte anglais⁴⁰. D'autant, entre autres choses, du fondement de la procédure au sein de la *Magna Carta*, les partisans d'une relativisation du jury comme outil fondamental des libertés mettent en avant, d'une part, la distinction claire entre jugement par les pairs, garanti par cette charte, et l'institutionnalisation du jury⁴¹; d'autre part, ces auteurs remettent en cause la lecture d'une opposition entre procédure de jugement « étatique » confiée au juge, par nature oppressive, et l'établissement du jury, par nature protecteur des libertés. Ainsi, le jury se trouve écartelé entre un continuum historique valorisant « the little parliament⁴² », mentionné par Lord Devlin, où se trouvent les « petites gens » et le sens commun et une institution analysée de manière plus critique par l'historiographie moderne, où le jury apparaît comme une sorte d'anachronisme coûteux, facilement perverti par les criminels⁴³, emporté par la folie de la multitude ou simplement une procédure inefficace, lourde, longue et trop chère pour un résultat incertain. Sans vouloir trancher le débat pour l'Angleterre, le recours au comparatisme colonial, peu utilisé curieusement à la défense de la première thèse, permet toutefois d'illustrer cette adaptation d'une institution anglaise au contexte colonial et plurisystémique des colonies.

³⁹ Voir, parmi la riche bibliographie en la matière, les ouvrages fondateurs suivants, bien qu'ils soient anciens : William FORSYTH, *History of Trial by Jury*, New York, Crowforft & Company, 1875; L. DEVLIN, préc., note 39; William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^e éd., vol. 1, 1903, 1956, p. 59.

⁴⁰ Voir Penny DARBYSHIRE, « The Lamp that Shows that Freedom Lives – Is It Worth the Candle? », (1991) *Criminal Law Review* 740-752.

⁴¹ Voir : Zenon BANKOWSKI, et Geoff MUNGHAM, « The Jury in the Legal System », (1975) 23-1 suppl. *The Sociology of Law* 202; Michael D.A. FREEMAN, « The Jury on Trial », (1981) 34-1 *Current Legal Problems*, 65-111.

⁴² L. DEVLIN, préc., note 39.

⁴³ Sally LLOYD-BOSTOCK et Cheryl THOMAS, « Decline of the “Little Parliament”: Juries and Jury Reform in England and Wales », (1999) 62-2 *Law and Contemporary Problems* 7.

Fondement des procès civils et criminels de common law, les différentes formes de jurys caractérisées dans le système de justice anglais (partie I) se diffusent ainsi à l'intérieur des colonies américaines possédées par l'Angleterre au XVII^e et au XVIII^e siècle. Liberté du sujet anglais, au même rang que le droit à l'*habeas corpus*, la tradition du jury de common law voit sa nature représentative et potentiellement contestataire s'affirmer dans les mains des colons américains (partie II). Faisant de la tenue des jurys un outil de représentation de la pluralité démographique des colonies, là où les colons ne sont pas représentés à la Chambre des communes de Westminster, ceux-ci l'utilisent également tel un instrument de résistance à la Couronne et de lutte contre l'arbitraire étatique. La « fonction civique du jury possède aussi un aspect très concret, car les jurys élargissent la participation à la gouvernance offerte par les structures politiques régulières⁴⁴ ». Devant cette nouvelle réalité coloniale, l'Angleterre s'interroge sur les formes et l'importance que doit prendre le jury lors de la prise de possession de la Province de Québec par le Traité de Paris en 1763. Favorisant le jury *de medietate linguae*, les autorités se voient obligées de composer avec les revendications contradictoires des communautés canadienne et britannique (partie III). La dimension libérale et identitaire du recours au jury, notamment civil, s'exacerbe alors, après l'Acte de Québec, par l'arrivée des colons loyalistes qui quittent les treize colonies par fidélité aux valeurs britanniques et à la « constitution anglaise », dont fait partie le jury.

I. L'affirmation de la procédure du jury comme une « liberté britannique »

Née des traditions germaniques et scandinaves⁴⁵, le jury commence à se formaliser dès la Conquête normande en 1066. Toutefois, il faut attendre le renforcement de l'État Plantagenêt pour qu'il prenne peu à peu

⁴⁴ Donald FYSON, « Jurys, participation civique et représentation au Québec et au Bas-Canada : les grands jurys du district de Montréal (1764-1832) », (2001) 55-1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 85, 87.

⁴⁵ Jean-Marie CARBASSE, « Jury », *Dictionnaire de la culture juridique*, dans Stéphane RIALS et Denis ALLAND (dir.), Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 888-891.

son envergure institutionnelle, d'abord sous la forme du *petit jury*, puis du *grand jury*. Du XII^e au XVIII^e siècle, le recours au jury est prépondérant dans la vie judiciaire anglaise, en particulier lors des *assizes*⁴⁶, que ce soit parmi les juridictions locales ou dans les prétoires des cours des plaidoyers communs ou du Banc du Roi à Westminster Hall⁴⁷. Agissant d'abord à titre de témoins et d'enquêteurs⁴⁸, les jurés anglais acquièrent, à partir du XII^e siècle, un pouvoir collectif en matière de résolution de différends⁴⁹. Un second type de jury (*grand jury*) apparaît deux siècles plus tard⁵⁰. Celui-ci intervient avant le procès afin d'évaluer la pertinence de porter des accusations, alors que le jury du procès (*petit jury*) décide de la culpabilité de l'accusé⁵¹. L'une des principales fonctions des grands jurys est de présenter leurs constatations, leurs avis sur l'état de leur communauté, afin de guider l'intervention judiciaire, administrative ou législative des comtés (partie A)⁵². La nature du jury, purement judiciaire au départ, devient rapidement un symbole de la liberté du sujet anglais. Structuré efficacement autour de règles de procédure évolutive, le jury se

⁴⁶ Voir James S. COCKBURN, *A History of English Assizes, 1558-1714*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

⁴⁷ Sur ces cours, voir : Michel MORIN, *Introduction historique aux droits romain, anglais et français*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 253-257, 260-263, 267-269 et 314-315; David GILLES, *Essais d'histoire du droit, de la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 71-92.

⁴⁸ Lisa E. ALEXANDER, « Vicinage, Venue, and Community Cross-section: Obstacles to a State Defendant's Right to a Trial by a Representative Jury », (1991-92) 19 *Hastings Const. L.Q.* 261, 263.

⁴⁹ Stephen LANDSMAN et James F. HOLDERMAN, « The Evolution of the Jury Trial in America », (2010) 37 *Litigation* 32, 32; Stephan LANDSMAN, « The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History », (1992) 44 *Hastings L.J.* 579, 583; Hilary WEDDELL, « A Jury of Whose Peers? Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures », (2013) 33 *Boston College Journal of Law & Social Justice* 453, 461.

⁵⁰ Mark KADISH, « Behind the Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process », (1996-97) 24-1 *Florida State University Law Review* 1, 8.

⁵¹ *Id.*, p. 8-9.

⁵² D. FYSON, préc., note 45.

cristallise dans la sphère anglaise comme un élément de la « constitution » du régime britannique (partie B).

A) La genèse de la procédure

Issu de la pratique, le recours au jury s'intègre rapidement dans le royaume normand, mais est formalisé législativement par le royaume Plantagenêt (partie 1). Développant petit à petit leur spectre sur une assise législative, les cadres des jurys s'imposent à travers la pratique et la jurisprudence comme une institution propre au droit anglais. Chargés symboliquement dès lors d'une légitimité populaire marquée, les jurys deviennent un outil judiciaire à dimension politique, élément de la constitution coutumière de l'Angleterre (partie 2).

1. La formalisation de la procédure par le pouvoir royal

Comme le souligne William Forsyth, les origines de l'institution du jury sont quelque peu troubles, certains voyant dans son institutionnalisation une institution scandinave, d'autres saxonne :

Few writers, when speculating on the rise of the jury, have kept this principle of its being separate from the court and employed solely to determine questions of fact, steadily in view. They have generally confounded the jurors with the court and have thus imagined an identity between the former and those ancient tribunals of Europe where a select number of persons – often twelve – were taken from the community and appointed to try causes, but who did so in the capacity of Judges, and when satisfied of the evidence awarded and pronounced the doom⁵³.

Dès les royaumes saxons, on trouve certaines mentions d'un recours à des groupes collectifs qui annonce le jury. Ainsi, les *Laws of Aethelberht*⁵⁴ (formulées vers 602-603) établissent des formes de recours à

⁵³ W. FORSYTH, préc., note 40, p. 7.

⁵⁴ Douglas H. YARN, « Commercial Arbitration in Olde England (602-1698) », (1995) 50 *Dispute Resolution Journal* 68, 68.

la procédure d'arbitrage et de recours au jury⁵⁵. Avant la Conquête normande, le droit commun est constitué par des procès faisant appel à l'ordalie, aux procès par témoignages ou aux procès par combat, où l'on laisse le jugement divin trancher le différend⁵⁶. L'ancienne tradition rapportée par John Reeves, historien du XVIII^e siècle, dans son *History of the English Law*, mentionne le recours au jury en Normandie dans des affaires de faible importance⁵⁷. Une telle forme de tribunaux est, selon lui, introduite en Angleterre pour venir supplanter les tribunaux traditionnels saxons⁵⁸. Si les origines de la procédure du jury sont à rechercher du côté des traditions scandinaves⁵⁹ et de la Conquête normande⁶⁰, elle devient un outil privilégié du système de justice sous le règne d'Henri II (1154-1189). La première mention législative du jury intervint dans les Constitutions de Clarendon (1164). Ce texte régleme la procédure criminelle et introduit un groupe de citoyens dont la tâche est d'identifier des personnes soupçonnées de crimes et de déposer des actes d'accusation. Cet acte législatif est adopté après consultation de la noblesse d'Angleterre et approuvé par un synode des évêques d'Angleterre, même si le texte est contesté par Thomas Becket, archevêque de Cantorbury. L'Assize de Clarendon de 1166 confirme cette procédure, qui sera à l'origine du grand jury. Pour sa part, la formalisation du jury en tant qu'institution donnant une décision irrévocable quant à la culpabilité ou à l'innocence, qui sera

⁵⁵ Voir Mary RAMBARAN-OLM, « Trial by History's Jury: Examining II Æthelred's Legislative and Literary Legacy, AD 993-1006 », (2014) 95-7 *English Studies* 777.

⁵⁶ John A. MURLEY et Sean D. SUTTON, *The Supreme Court against the Criminal Jury: Social Science and the Palladium of Liberty*, Lanham, Lexington Books, 2014, p. 4.

⁵⁷ Voir John REEVES, *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, 2^e éd., 4 vol., Dublin, Luke White, 1787.

⁵⁸ W. FORSYTH, préc., note 40, p. 45-76.

⁵⁹ En Norvège, les causes étaient déterminées et les délits évalués par un corps de jury qui prêtait serment devant les Norwegian Laugrettomen; en Suède, c'était le Swedish Nämnd; en Islande, l'Icelandic Tólfar-quidr : W. FORSYTH, préc., note 40, p. 13-20.

⁶⁰ Mark HAGGER, « Secular Law and Custom in Ducal Normandy, c. 1000-1144 », (2010) 85 *Speculum* 827.

appelée le « petit jury », connaît un développement progressif. Dans sa forme criminelle, cette procédure fait appel à un nombre très variable de jurés, et leur présence dans les jurys de présentation (grand jury) se révèle très fluctuante. Le nombre de jurés peut aller jusqu'à 70 personnes. Dans les Assize Rolls et Somerset Pleas, on trouve, de 1219 à 1243, un grand nombre de petits jurys dont les membres ont participé au grand jury⁶¹. C'est à la fin du règne d'Henry III et au début du règne d'Édouard I^{er} que le recours à douze jurés semble se stabiliser⁶².

En matière de droit privé, l'Assize of Novel Disseisin met sur pied de petits jurys pour trancher des litiges privés portant sur la possession d'une terre, ce qui garantit notamment une célérité accrue de la procédure⁶³. Le *writ of novel disseisin*, fort populaire, consiste dans la soumission aux jurés de deux questions : le plaignant a-t-il été dessaisi sans jugement et injustement? Le défendeur a-t-il commis ce dessaisissement? Ils prononcent par la suite leur décision, aboutissant au *statu quo ante*. L'Assize of Northampton de 1176 institue le recours en matière de saisine foncière. On fait appel à douze hommes pour surmonter le refus d'un seigneur d'accorder la saisine d'une terre aux héritiers d'un défunt ensaisiné⁶⁴. *In fine*, Henri II, s'appuyant sur son chancelier Glanville, fait du jury une institution de droit commun. Ayant institué en 1178 cinq membres de la cour, soit deux prêtres et trois laïcs, « [afin] d'entendre toutes les plaintes du royaume et [de] faire le bien », Henry II Plantagenêt décide d'institutionnaliser le recours à des jurés qui étaient jusqu'alors davantage des témoins que de véritables « juges » ayant pouvoir de décision. On présente sa preuve à travers l'*assize*, comme on le faisait jusqu'à ce moment par l'intermédiaire ordalies. À partir de 1215-1219,

⁶¹ Charles WELLS, « The Origin of the Petty Jury », (1911) 107 *Law Quarterly Review* 347, 351.

⁶² Felix FRANKFURTER et Thomas G. CORCORAN, « Petty Federal Offenses and the Constitutional Guarantee of Trial by Jury », (1926) 8 *Harvard Law Review* 921, 937.

⁶³ Voir Donald W. SUTHERLAND, *The Assize of Novel Disseisin*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 126.

⁶⁴ Derek BAKER, *Portraits and Documents. England in the Early Middle Ages*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1995, p. 149-152.

l'Église prohibera le recours aux ordalies de feu et d'eau, ce qui développera parallèlement le recours aux « petits » jurys en matière criminelle.

Dans le contexte du rapport de force entre les souverains plantagenêts et les nobles du royaume d'Angleterre qui aboutira en 1215 à la *Magna Carta*, les barons du royaume obtiennent le droit, pour un sujet anglais, d'être jugé par ses pairs, ce qui serait à l'origine, si l'on en croit l'historiographie ancienne, d'un droit constitutionnel au jury. Dès lors, des poursuites judiciaires ne devraient plus se faire devant la cour royale foraine, mais être introduites dans un endroit fixe. Pour ce faire, le roi doit envoyer dans chaque comté deux justiciers quatre fois par année, qui, avec quatre chevaliers du même comté, doivent « prendre les assises » et convoquer les parties et les jurés. Les jurys de procès sont traditionnellement composés de 12 hommes⁶⁵, alors que les grands jurys regroupent 24 chevaliers⁶⁶. Seuls les hommes âgés de 21 à 70 ans, propriétaires percevant une certaine somme de revenus annuels, peuvent en principe devenir jurés⁶⁷. En fait, il est désormais communément admis que le chapitre 39 de la *Magna Carta*, plutôt que de sacraliser le droit au jury pour tout Britannique, est simplement le rappel, pour les nobles, du droit normand leur permettant, lorsqu'ils sont en conflit avec la loi, de laisser leurs pairs choisir le mode de procès auquel ils se soumettront plutôt que s'en remettre au roi. Toutefois, la geste juridique et constitutionnelle autour du jury a clairement retenu symboliquement ce moment comme la cristallisation du droit au jury dans la tradition juridique de common law.

⁶⁵ Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, 396.

⁶⁶ M. KADISH, préc., note 51, 8.

⁶⁷ Les apothicaires, les hommes d'Église et les avocats sont normalement exclus de l'exercice des fonctions de jurés : John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », dans A. PADOA SCHIOPPA (dir.), préc., note 34, p. 24 et 25.

2. L'affirmation judiciaire et politique de l'institution

Les grands jurys anglais exercent des fonctions administratives en sus de leur rôle en matière d'inculpation. Ceux-ci peuvent ainsi déposer des rapports publics portant sur les agissements de certains individus ou titulaires de charge publique⁶⁸ et, à partir du XII^e ou XIII^e siècle, ils s'occupent également d'impôts et de travaux publics⁶⁹. Comme ce sera le cas dans les colonies américaines, le grand jury en Angleterre aura plusieurs autres fonctions en rapport notamment avec les impôts, les travaux publics, la nomination des autorités locales, la gestion des affaires publiques, la surveillance des titulaires de charge publique et la proposition de nouvelles mesures législatives⁷⁰.

La compétence du *petit jury*, au moment du procès, est plus limitée⁷¹. Seul le juge a la compétence requise pour se prononcer sur des questions de droit, le jury devant s'en tenir aux questions de fait⁷². Si le jury outrepassa sa compétence, le juge dispose de mesures de coercition permettant l'obtention du verdict désiré⁷³. Il peut en particulier demander à un jury de poursuivre ses délibérations jusqu'à ce qu'il en arrive à la « bonne » décision. Un *writ of attain* peut également être déposé en vue de convoquer un grand jury de révision⁷⁴. Si celui-ci est d'avis que le premier jury a erré dans ses conclusions, les jurés sont passibles de sanctions telles que l'emprisonnement et la confiscation de leurs biens⁷⁵.

⁶⁸ Ronald F. WRIGHT, « Why not Administrative Grand Juries? », (1992) 44 *Administrative Law Review* 465, 468.

⁶⁹ M. KADISH, préc., note 51, 7.

⁷⁰ Harold D. HAZELTINE, « The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », (1917) 17 *Columbia Law Review* 1, 10; R.F. WRIGHT, préc., note 69, 468-474.

⁷¹ Charles L. WELLS, « The Origin of the Petty Jury », (1911) 107 *Law Quarterly Review* 347.

⁷² *Id.*

⁷³ John P. MCCLANAHAN, « The “True” Right to Trial by Jury: The Founders’ Formulation and Its Demise », (2009) 111 *West Virginia Law Review* 791, 796; M. KADISH, préc., note 51, 8-9.

⁷⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, 798; St.G. TUCKER, préc., note 36, p. 351.

⁷⁵ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, 798.

Les jurés anglais sont choisis à l'origine en fonction de leurs connaissances⁷⁶ et de leur loyauté envers la monarchie⁷⁷. Ils rendent leurs décisions en se fondant essentiellement sur leur connaissance personnelle des événements et des individus impliqués plutôt que sur des éléments de preuve⁷⁸. Cette pratique sera abandonnée à partir du XIV^e siècle, en faveur d'un jury plus impartial. Ainsi, l'interdiction de communiquer avec les jurés au sujet d'un procès à venir s'affirme progressivement à la fin du XVII^e siècle⁷⁹.

À partir des décisions judiciaires des XIV^e et XV^e siècles, les jurys seront considérés collectivement. En outre, la nature du jury est également appréhendée par la doctrine. Celle-ci cherche à déterminer si les jurés doivent être traités comme des témoins, et individuellement examinés, ou en tant que corps collectif. On établit rapidement la quasi-interdiction de toute communication avec les jurés après la prestation de serment, et ce, afin d'assurer l'impartialité de l'institution. Dans la pratique, le shérif du comté est chargé de préparer une liste de jurés potentiels (*veniremen*) contenant un minimum de 48 noms et un maximum de 72. D'essence jurisprudentielle, le droit au jury est formalisé à intervalles réguliers par le législateur. La loi de 1696 prévoit la confection d'une liste de 48 jurés⁸⁰ potentiels pour établir un jury spécial⁸¹, convoqué notamment à l'occasion

⁷⁶ D.G. SMITH, préc., note 66, 460-461; R.F. WRIGHT, préc., note 69, 467-468; H. WEDDELL, préc., note 50, 461.

⁷⁷ D.G. SMITH, préc., note 66, 397.

⁷⁸ Morris B. HOFFMAN, « The Case for Jury Sentencing », (2003) 52 *Duke Law Journal* 951, 956-957.

⁷⁹ S. LANDSMAN, préc., note 50, 586.

⁸⁰ W. BLACKSTONE, préc., note 1, p. 377 et 378.

⁸¹ Voir : James C. OLDHAM, « The Origins of the Special Jury », (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 137, 171; James C. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », (1997-98) 6-3 *William and Mary Bill of Rights Journal* 623, 675; James C. OLDHAM, « Special Juries in England: Nineteenth Century Usage and Reform », (1987) 8-2 *Journal of Legal History* 148; James C. OLDHAM, « The Seventh Amendment Right to Jury Trial: Late Eighteenth-century Practice Reconsidered », dans Katherine O'DONOVAN et Gerry R. RUBIN (dir.), *Human Rights and Legal History: Essays in Honours of Brian Simpson*, Oxford, Oxford

de causes complexes⁸², et de dix listes, comprenant chacune 24 jurés, pour les causes civiles ordinaires⁸³ dont la procédure de sélection est fixée en 1730 par l'*Act for the better Regulation of Juries*⁸⁴. Ces textes seront complétés par une série de *Jury's Acts* tout au long du XIX^e siècle puis du XX^e siècle⁸⁵.

Le droit anglais prévoit qu'un juré ne peut être appelé à exercer cette fonction à de courts intervalles⁸⁶. Ainsi, la loi de 1696 établit la nécessité de respecter un délai théorique de quatre ans⁸⁷, tandis que celle de 1730 envisage un délai d'un, de deux ou de quatre ans selon les situations⁸⁸. Dans la pratique, au XVIII^e siècle, on observe que beaucoup de

University Press, 2000, p. 225, à la p. 253; James C. OLDHAM, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*, New York, New York University Press, 2006, p. 23.

⁸² Sur cette notion de jury spécial : *An Act for the better Regulation of Trials by Jury; and for enlarging the Time for Trials by Nisi Prius in the County of Middlesex*, 24 Geo II, c. 18 (1751).

⁸³ *An Act for the Ease of Jurors, and better regulating of Juries*, 7-8 William III, c. 32, par. 8 (1696).

⁸⁴ *An Act for the better Regulation of Juries* 3 Geo II, c. 25, par. 11 (1730).

⁸⁵ Soit en 1825, 1850, 1949 et 1974; Conor HANLY, « The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-century England », (2005) 26-3 *The Journal of Legal History* 253.

⁸⁶ Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Thémis, 2012, p. 255.

⁸⁷ *An Act for the Ease of Jurors, and better regulating of Juries*, 7-8 William III, c. 32 par. 7 (1696) : « no Person shall be returned or summoned to serve upon any Jury at the Assizes, or General Gaol Delivery, to be holden for the said County of York, or at any Sessions of the Peace to be holden for any Part thereof (the City of York, and County of the said City, and Town and County of Kingston upon Hull excepted) above once in four Years ».

⁸⁸ *An Act for the better Regulation of Juries*, 3 Geo II, c. 25, par. 4 (1730) : « no Persons shall be returned as Jurors to serve on Trials at any Assizes or Nisi prius, or at the said Great Sessions, or at the Sessions for the said Counties Palatine, who have served within the Space of one Year before in the County of Rutland, or four Years in the County of York, or of two Years before in any other County, not being a County of a City or Town ».

jurés interviennent à des intervalles beaucoup plus rapprochés⁸⁹, cette pratique contribuant à faire des jurés de véritables notables locaux⁹⁰ et des juges semi-professionnels. De plus, afin de rendre plus efficace l'institution, la pratique, reprise par Blackstone, établit la désignation d'un seul jury pour examiner toutes les causes présentées au cours de la même session⁹¹. À l'origine, en cas de désaccord chez les membres du jury, un nouveau procès peut être réuni à l'occasion d'une prochaine session. La pratique analysée par John H. Langbein témoigne toutefois de peu de cas, ce qui laisse supposer que l'unanimité règne alors largement⁹². Toutefois, selon cet auteur, il y a une certaine évolution durant le XVIII^e siècle⁹³. Au début de celui-ci, le jury entend toutes les affaires à la suite avant de se retirer afin de délibérer puis il revient rendre son verdict pour l'ensemble des causes entendues. Or, à partir des années 1730, la pratique semble se modifier, le jury se prononçant sur chaque cas examiné, après l'audition des parties, sans que les jurés se retirent pour délibérer. Ce n'est qu'exceptionnellement alors, lorsque la cause présente un certain degré de complexité, que le jury peut demander à se retirer afin de prendre le temps de délibérer. Au regard de la procédure, les délibérations des jurés se déroulent rapidement, et la décision doit, en principe, être unanime⁹⁴. En première instance, si les jurés n'expriment pas un seul et même avis, le juge peut intervenir pour trancher dans un sens ou un autre. C'est dès 1367 que la jurisprudence affirme avec force que les verdicts unanimes sont une nécessité. Il faut donc s'entendre sur le plus petit dénominateur commun, susceptible de favoriser la constatation de l'unanimité. Enfin, les cas d'appel de décisions prononcées par des jurys sont peu nombreux, notamment au XVIII^e siècle. En matière pénale, il est clairement établi que

⁸⁹ John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », dans A. PADOA SCHIOPPA (dir.), préc., note 34, p. 26 et 27; Pete J.R. KING, « "Illiterate Plebeians, Easily Mised": Jury Composition, Experience, and Behavior in Essex, 1735-1815 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 254-304, p. 260.

⁹⁰ Thomas A. GREEN, « A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 358-400, p. 396.

⁹¹ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 358.

⁹² J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 38.

⁹³ *Id.*, p. 27.

⁹⁴ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 375.

l'appel ne peut avoir lieu à l'encontre d'un acquittement⁹⁵. Seules une procédure non respectée ou une erreur de droit paraissent susceptibles de justifier la mise en œuvre d'une telle action judiciaire⁹⁶.

Une fois généralisée, l'institution du jury fait rapidement l'objet d'un attachement de la part des populations, et elle s'inscrit à l'intérieur des droits et libertés que les sujets anglais gagnent à partir du XIII^e siècle. Si l'action des jurys n'est pas unanimement appréciée, sa dimension politique s'affirme dans le même temps où la représentativité de l'institution progresse.

B) « The liberties of England cannot but subsist, so long as palladium remains sacred and inviolate »⁹⁷ : la représentativité comme fer de lance de l'équité

Au XVIII^e siècle, Blackstone souligne les nombreux avantages du procès par jury qui, tout en favorisant une résolution rapide des litiges, constitue, selon lui, un véritable rempart contre les interventions abusives de la puissance publique⁹⁸. Ainsi, le sujet « cannot be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent of twelve of his neighbours and equals⁹⁹ ». La dimension politique des jurys s'incarne à travers deux aspects principaux. On trouve, d'une part, la représentativité toujours plus grande des jurys au regard des communautés dans lesquels ils se tiennent; d'autre part, dans le prolongement de cette nécessité, il y a un phénomène d'appropriation par les communautés de l'institution à titre d'instrument de représentation politique contre la justice monarchique perçue comme « arbitraire » ou autoritaire.

⁹⁵ J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 37 et 38.

⁹⁶ Voir M. MORIN, préc., note 48, p. 257 et 314-318.

⁹⁷ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 349-385.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*, p. 379.

1. La représentativité des pairs comme gage d'équité

La sélection et la composition des jurys ont fait l'objet de nombreuses études en Angleterre pour déterminer s'il faut voir dans ces institutions des expressions populaires ou des cénacles oligarchiques. Afin d'indiquer des pistes de réponse, les chercheurs présentent, en règle générale, la composition sociale des jurys, analysent le processus de sélection ou relèvent la participation répétée de certains jurés. À noter que cette dernière est une question de propriétaires fonciers (*freeholders*) ou exceptionnellement locataires à long terme (*life lease*), et concerne essentiellement des hommes (à l'exception des jurys de matrones dont nous traiterons plus loin). Dès la mise en place de l'institution du jury, la dimension de représentativité y est présente¹⁰⁰. Bien évidemment, l'idée de justice des pairs induit une représentativité, l'institution s'incarnant au Moyen Âge dans des hommes libres, propriétaires et exploitants terriens, ou bourgeois, par opposition aux serfs rattachés à une terre (*velleins*) : « Des listes de propriétaires masculins éligibles sont confectionnées par les connétables de chaque "hundred" (une subdivision administrative), puis affichées sur les portes des églises paroissiales et éventuellement transmises au shérif du comté, qui convoque les jurés¹⁰¹ ».

La question de la représentativité des jurys sera explorée d'abord notamment par Thomas A. Green, Cynthia Herrup¹⁰² et, plus récemment, par Marianne Constable¹⁰³. La dimension politique et représentative des

¹⁰⁰ Sur la procédure de nomination des jurés, voir : John B. POST, « Jury Lists and Juries in the Late Fourteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 65, à la p. 71; Keith WRIGHTSON, « Two Concepts of Order: Justices, Constables, and Jurymen in Seventeenth-century England », dans John BREWER et John STYLES (dir.), *An Ungovernable People: The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1980, p. 21, à la p. 46.

¹⁰¹ D. FYSON, préc., note 45, 91.

¹⁰² Cynthia B. HERRUP, *The Common Peace: Participation and the Criminal Law in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 7.

¹⁰³ Marianne CONSTABLE, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 4-8.

tribunaux dans l'Angleterre médiévale¹⁰⁴ puis dans les temps modernes est bien connue¹⁰⁵. Plus proches des comtés que le Parlement et la Chambre des communes, les *assizes* jouent un rôle politique important pour les communautés locales¹⁰⁶ et méritent ainsi la dénomination de « parlement of the shires¹⁰⁷ ». La question de la représentativité apparaît également dans le contexte de la procédure de sélection des jurés mise en place. Celle-ci accorde aux parties un certain contrôle quant à la composition du jury qui entendra leur cause. Ils peuvent ainsi s'assurer de l'impartialité des jurés à l'égard de l'autre partie, particulièrement en matière criminelle. En effet, une fois les jurés potentiels convoqués, d'autres mécanismes permettent le retrait de tous ceux qui ne sont pas impartiaux. La partialité d'un juré peut être soulevée par les parties durant une audience préliminaire appelée le « voir-dire¹⁰⁸ ». Durant cette audience, les jurés potentiels sont interrogés quant à leurs liens familiaux et à leurs relations économiques avec les parties¹⁰⁹. Les questions ne doivent toutefois pas porter sur leurs croyances et leurs opinions politiques. Le cas en Angleterre de Peter Cook en 1696 a fait jurisprudence en la matière. Dans un procès portant sur des accusations de conspiration en faveur du roi catholique exilé et dans un contexte de forts préjugés envers les catholiques, Cook cherche à questionner les jurés potentiels quant à leurs opinions politiques et leurs préjugés : « you may ask upon a *Voyer Dire*, whether he have any interest in the cause; nor shall we deny you liberty to ask whether he be fitly qualified, according to law, by having a freehold of

¹⁰⁴ Notamment dans le contexte des procès pour trahison, voir John G. BELLAMY, *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

¹⁰⁵ Jack R. POLE, « “A Quest of Thoughts”: Representation and Moral Agency in The Early Anglo-American Jury », dans John W. CAIRNS et Grant MCLEOD (dir.), *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 110.

¹⁰⁶ Sally LLOYD-BOSTOCK et Cheryl THOMAS, « Decline of the “Little Parliament”: Juries and Jury Reform in England and Wales », (1999) 62-2 *Law and Contemporary Problems* 7, 40.

¹⁰⁷ C.B. HERRUP, préc., note 103, p. 7.

¹⁰⁸ Valerie P. HANS et Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Perseus Publishing, 1986, p. 37-38.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 35; H. WEDDELL, préc., note 50, 462 et 463.

sufficient value; but that you can ask a juror or a witness every question that will not make him criminous, that is too large¹¹⁰ ». Le tribunal refuse sa requête, car « such questions would bring discredit to the jurors who, after all, were not on trial¹¹¹ ». C'est essentiellement dans ce contexte de luttes religieuses¹¹² et de procès pour trahison¹¹³ contre la Couronne¹¹⁴ que la dimension contestataire et politique s'incarne dans l'Angleterre des XVII^e et XVIII^e siècles¹¹⁵. Dans ce contexte, les jurés majoritairement protestants se montrent habituellement sans pitié envers les accusés de trahison¹¹⁶, même si certains cas exceptionnels donnent l'occasion d'une opposition entre jurés et juges professionnels.

2. La procédure *de medietate linguae*

Cette procédure *de medietate linguae* a pour objet de corriger les risques de partialité dans les différends où les pairs ne peuvent nécessairement pas représenter l'une des parties, notamment lorsqu'il est question d'étrangers. La procédure est tout d'abord mise en place au profit des populations juives¹¹⁷, très présentes dans l'Angleterre des Plantagenêts. Durant cette période, la notion de pairs doit être comprise comme un rapport social, de propriété et de nationalité¹¹⁸. Ce « jury of the

¹¹⁰ Thomas B. HOWELL, *A Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and other Crimes and Misdemeanors from the Earliest Period to the Year 1783*, vol. 13, Londres, T.C. Hansard, 1816, p. 324.

¹¹¹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

¹¹² Lacey B. SMITH, « English Treason Trials and Confessions in the Sixteenth Century » (1954) 15-4 *Journal of the History of Ideas* 471, 498.

¹¹³ James R. PHIFER, « Law, Politics, and Violence: The Treason Trials Act of 1696 », (1980) 12-3 *Albion* 235.

¹¹⁴ John M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England, 1660–1800*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 356-362.

¹¹⁵ Alexander H. SHAPIRO, « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696 », (1993) 11-2 *Law and History Review* 215, 255.

Thomas A. GREEN, préc., note 3, p. 106-118.

¹¹⁷ M. CONSTABLE, préc., note 104, p. 18-21.

¹¹⁸ Deborah A. RAMIREZ, « The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A History and Proposal for Change », (1994) 74 *Boston University Law Review* 777, 785.

half tongue » reflète l'idée que le jury mixte doit être ouvert à partir du moment où l'une des parties est étrangère, et qu'elle ne maîtrise pas, *a priori*, la langue. Une moitié du jury est alors constitué avec des personnes étrangères, non nationales. Ce ne sont pas les normes de common law et les actes de procédure qui sont altérés ici, mais simplement une sorte de reconnaissance des logiques et de traditions juridiques au sein des communautés étrangères. La logique de la représentativité est ainsi étendue lorsqu'un étranger est partie à une cause, où un jury dit *de medietate linguae*¹¹⁹, « de demi-langue » dans une traduction littérale, est rassemblé, les membres étrangers du jury n'étant pas alors nommés uniquement en leur qualité individuelle, mais collective, comme membres de leurs communautés¹²⁰. Un tel jury est composé pour moitié d'Anglais et pour moitié d'étrangers, même si ces derniers ne sont pas de la même nationalité que celle de l'intimé¹²¹.

Dans le contexte de l'implantation de la population juive, il faut se souvenir que les juifs sont à la fois l'objet d'une très grande animosité et d'un fort antisémitisme dans l'Angleterre des XII^e et XIII^e siècles,¹²² mais que, dans le même temps, ils sont la « propriété » du roi et protégés par celui-ci. De plus, évidemment, leur implication forcée dans le système monétaire, financier et économique de l'Angleterre de cette époque rend leur situation particulièrement cruciale, être le créancier de son roi n'étant pas une situation favorable à long terme. De plus, agissant comme créanciers, les juifs se trouvent de nombreuses fois en conflit avec des débiteurs créanciers, ce qui représente une problématique épineuse pour le

¹¹⁹ Deborah A. RAMIREZ, « A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury », (1994) 31-4 *American Criminal Law Review* 1213; John H. LANGBEIN, « Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? », (1981) 6-1 *American Bar Foundation Research Journal* 195, 219.

¹²⁰ M. CONSTABLE, préc., note 104, p. 13-15.

¹²¹ J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 28.

¹²² Harold E. QUINLEY et Charles Y. GLOCK, *Anti-semitism in America*, New York, The Free Press, 1992, p. 94-109.

roi. Si les procès s'avèrent favorables aux débiteurs chrétiens, les juifs dont il est le « propriétaire » perdent leurs créances, ce qui l'appauvrit¹²³.

Il convient donc de rétablir l'équité afin que des justiciables juifs ne soient pas trop stigmatisés par des jurés anglais. Après une période de pogrome et d'émeute qui les touche durement en 1190, les juifs du roi d'Angleterre demandent sa protection et le roi Richard I^{er} leur accorde le 10 avril 1201 une charte, où il leur consent, entre autres, le droit à des jurys *de medietate linguae*, composé à moitié de juifs et d'Anglais quand le litige oppose deux hommes de ces communautés, et même des jurys uniquement composés de juifs pour les litiges opposant deux membres de cette communauté. Le jury est concédé aux juifs pour protéger les droits de la Couronne qui interfèrent avec les droits de la communauté juive¹²⁴.

Toutefois, l'expulsion de l'ensemble de la communauté juive de l'Angleterre en 1290 entraîne la substitution des intérêts juifs dans les mains des marchands étrangers, Lombards, marchands de la Hanse, ou marchands hollandais. Dans l'Angleterre du XIII^e siècle, les marchés et les comptoirs appuyant l'essor du commerce international occasionnent une forte présence dans les grandes villes commerçantes de populations étrangères essentiellement mercantiles. Les autorités anglaises acceptent alors l'établissement de modes de justice internes à ces communautés pour les litiges qui concernent uniquement des membres de celles-ci¹²⁵ dans des tribunaux appliquant la *lex mercatoria*. Toutefois, dans le cas de différends opposant un sujet anglais et un étranger, la nécessaire équité oblige les autorités à aménager la procédure des jurys afin de permettre une représentation des étrangers au sein des tribunaux, en matière de droit tant privé que public. Les marchands obtiennent donc immédiatement le bénéfice du jury *de medietate linguae*, afin notamment qu'ils maintiennent le commerce sur le territoire, et qu'ils ne s'estiment pas lésés par des jurys

¹²³ Andrew McCALL, *The Medieval Underworld*, Londres, Stroud Sutton, 2006, p. 281.

¹²⁴ Seymour WISHMAN, *Anatomy of the Jury: The System on Trial*, New York, Times Books, 1986, p. 550.

¹²⁵ Voir James MASSCHAELE, *Jury, State, and Society in Medieval England*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 45-89.

uniquement anglais, ceux-ci faisant peut-être preuve d'une certaine xénophobie dans leur jugement. Le principe s'étend des cours royales au Parlement, puisque dès 1354 Édouard III édicte un statut garantissant le recours pour les marchands étrangers au jury *de medietate linguae*. La première intervention législative à destination des étrangers au sens large et cristallisant cette réalité est le *Statute of the Staples* de 1353, afin de donner un droit aux communautés étrangères d'être représentées dans les jurys : « And that in all Manner of Inquests and Proofs which be to be taken or made amongst Aliens and Denizens, be they Merchants or other, as well before the Mayor of the Staple as before any other Justices or Ministers, although the King be Party, the one half of the Inquest or Proof shall be Denizens, and other half of Aliens, if so many Aliens be in the Town or Place where such Inquest or Proof is to be taken¹²⁶ ».

Ce statut mettant également en place des tribunaux spécialisés, appelés « Staples Court », où les litiges en matière commerciale peuvent être entendus, de préférence aux tribunaux de première instance de common law, ce sera devant les Staples Court que les jurys *de medietate linguae* seront d'abord en action. C'est bel et bien une volonté d'équité qui pousse à ces aménagements, l'idée étant qu'un jury représentatif des cultures différentes en cause serait plus à même de rendre « a fair sentence ». En 1475, le chancelier décrit ainsi cette procédure :

This suit is brought by an alien merchant who has come to conduct his case here; and he ought not to be held to sue according to the law of the land, to await trial by twelve men and other solemnities of the law of the land, but ought to sue here, and it ought to be determined according to the law of nature in the chancery, and he ought to be able to sue there from hour to hour and day to day for the speed of merchants [...] And he said besides the merchants, etc., shall not be bound by our statutes where statutes introduce new law, unless they are declaratory of ancient law, that is to say nature, etc. [...] but that will be

¹²⁶*Statute of the Staples*, 28 Edw. III, c. 13 (1353).

according to the law of nature which is called by some the law merchant, which is universal law throughout the world¹²⁷.

Comme le relève Hiroshi Fukurai, le concept connaît une lente extension, dans des contextes différents, en matière d'université, de propriété religieuse, etc.¹²⁸. Au XVI^e siècle, puis surtout au XVII^e et au XVIII^e, l'afflux d'importantes communautés étrangères en Angleterre et à Londres entraîne une extension du mécanisme et du droit au jury *de medietate linguae* devant l'ensemble des cours anglaises, tant en droit criminel qu'en droit privé. Devant l'Old Bailey de Londres, la procédure du jury *de medietate linguae* devient fréquente, même si elle demeure exceptionnelle, dans les litiges opposant les Anglais et les étrangers au tournant du XVII^e et du XVIII^e siècle. Dans une très belle étude archivistique publiée en 2014, Matthew Lockwood relève que, pendant la période 1675-1750, il s'est tenu 147 procès donnant lieu à des procès criminels devant l'Old Bailey de Londres, pour une population étrangère d'environ 30 000 individus (5 p. 100 de la population totale, essentiellement des huguenots)¹²⁹.

À cette période, le droit à un jury *de medietate linguae* peut être invoqué devant les tribunaux, mais la demande d'un jury mixte doit être faite avant la nomination de tout juré anglais. De plus, des doutes existent sur la connaissance parmi les justiciables des communautés étrangères de l'avantage que peut représenter une telle procédure, même si de nombreux traités de doctrine de common law en font état. La procédure des jurys mixtes va donc perdurer dans la pratique de common law jusqu'au XIX^e siècle, époque à partir de laquelle le système de justice considère que l'ouverture des jurys aux personnes résidentes en Angleterre ne justifie plus la pratique du jury *de medietate linguae*. Naturellement proche des

¹²⁷ Harold POTTER, *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, rééd., Londres, Sweet & Maxwell, 1958, p. 188.

¹²⁸ Hiroshi FUKURAI, « A Quota Jury: Affirmative Action in Jury Selection », (1997) 25-6 *Journal of Criminal Justice* 477, p. 481.

¹²⁹ Matthew LOCKWOOD, « "Love ye therefore the Strangers": Immigration and the Criminal Law in Early Modern England », (2014) 29 *Continuity and Change* 349, 360.

intérêts locaux, l'institution du jury est aussi nécessairement un outil politique, qui peut être envisagé comme une institution favorable au peuple devant les pouvoirs centraux, ou protectrice d'un pouvoir judiciaire envisagé comme corrompu. C'est donc très logiquement que le petit jury et le grand jury se trouvent dans les bagages des colons qui se rendent en Amérique du Nord et vont être rapidement utilisés comme palliatif des représentants au Parlement ou comme complément des assemblées locales.

II. La consécration des jurys comme outil politique dans le contexte colonial des treize colonies

La mise en place des colonies nord-américaines se fait d'abord par l'octroi de chartres accordées par le roi d'Angleterre à des compagnies de commerce ou à des propriétaires individuels (William Penn), puis par différents modèles de colonisation, plus ou moins rattachés à la Couronne¹³⁰. Le choix dans la totalité des treize colonies est d'adopter la matrice du système institutionnel, juridique et judiciaire de l'Angleterre. On crée des chambres basses sur le modèle de la Chambre des communes, des conseils législatifs de propriétaires terriens sous l'autorité des gouverneurs reflétant la logique sociologique de la Chambre des Lords, des juridictions en se basant sur les juridictions royales de common law londoniennes... et l'on adopte la procédure du jury britannique. Dans le contexte colonial¹³¹, l'histoire du jury est alors jalonnée par la mise en

¹³⁰ À la fin du XVII^e siècle, une transformation institutionnelle, juridique et administrative fait passer la plupart des colonies privées sous la tutelle de la puissance royale, sans qu'un modèle homogène s'affirme totalement. Ainsi, le Rhode Island et le Connecticut restent des colonies autonomes à charte, alors que la Pennsylvanie et le Maryland, colonies de propriétaires privés, deviennent colonies royales entre 1689 et 1714.

¹³¹ Sur les jurys en contexte colonial, voir, parmi l'abondante bibliographie, essentiellement : John PROFATT, *A Treatise on Trial By Jury*, Cambridge, The Riverside Press, 1877; James B. THAYER, « The Jury and its Development », (1892) 5 *Harvard Law Review* 265; H.H. GROOMS, « The Origin and Development of Trial by Jury », (1965) 26 *Alabama Lawyer* 173; Harold C. WARNER, « The Development of Trial by Jury », (1959) 26 *Tennessee Law Review* 464; Albert E. WILSON EASTMAN, « The History of Trial by Jury »,

place de mécanismes permettant d'assurer l'impartialité de ce dernier à l'égard de la Grande-Bretagne¹³². En restreignant le rôle de la Couronne dans la sélection des jurés, les colonies en arrivent à transformer l'ancien jury anglais et à le modeler afin qu'il reflète leurs valeurs et protège leurs intérêts¹³³. En effet, en contrôlant la composition du jury, les colons américains peuvent ainsi décider de l'application des lois et donc contourner les dispositions anglaises qu'ils contestent parfois.

Les deux types de jurys anglais sont implantés en Amérique du Nord avec l'arrivée des premiers colons¹³⁴, puis intégrés au droit applicable dans les colonies – constitué par la common law anglaise et dans les lois du Parlement britannique¹³⁵ – au cours des XVII^e et XVIII^e siècles¹³⁶ (partie A). La Virginie adopte le jury en 1606; le Massachusetts, en 1628; le New Jersey, en 1677; et la Pennsylvanie, en 1682. Le Connecticut fait de même peu après le Massachusetts, alors que le Rhodes Island l'imite en 1647; l'État de New York, en 1683; le Maryland, en

(1945) 3 *National Bar Journal* 88. Sur les grands jurys coloniaux, voir précisément : Neal GRAHAM, *The Courts, Crime and the Criminal Law in Ireland, 1692-1760*, Dublin, Irish Academic Press, 1996; Gwenda MORGAN, « Law and Social Change in Colonial Virginia: The Role of the Grand Jury in Richmond County, 1692-1776 », (1987) 95-4 *Virginia Magazine of History and Biography* 453; Christopher WALDREP, « Egalitarianism in the Oligarchy: The Grand Jury and Criminal Justice in Livingston County, 1799-1808 », (1981) 55-3 *Filson Club History Quarterly* 253; Elise Histed, « The Introduction and Use of the Grand Jury in Victoria », (1987) 8-2 *Journal of Legal History* 167; Y.K. LEE, « The Grand Jury in Early Singapore (1819-1873) », (1973) 46-2 *Journal of the Malaysian Branch of the Royal Asiatic Society* 55.

¹³² Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, p. 431.

¹³³ Nancy GERTNER, « From "Rites" to "Rights": The Decline of the Criminal Jury Trial », (2013) 24 *Yale Journal of Law & the Humanities* 433, 434.

¹³⁴ S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 592; S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 34.

¹³⁵ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 32; Francis R. AUMANN, *The Changing American Legal System: Some Selected Phases*, New York, Da Capo Press, 1969, p. 4 et 5.

¹³⁶ Simeon E. BALDWIN, *American Judiciary*, New York, The Century Co., 1905, p. 184.

1638; la Caroline du Sud, en 1712; et, enfin, la Caroline du Nord, en 1715¹³⁷. Comme le soulignent Arnaud Decroix, David Gilles et Michel Morin, on peut estimer que, dans le contexte colonial, la convocation des jurés pallie utilement les défaillances dans l'organisation judiciaire et le manque de formation juridique des juges¹³⁸. Au XVIII^e siècle, les colons ont une raison particulière de vouloir conserver le principe des procès devant juge et jury : c'est pour eux un moyen de faire face aux poursuites judiciaires entamées par les Britanniques, qu'ils jugent oppressives. À maintes reprises, les autorités britanniques mettent en accusation des Américains pour avoir enfreint la loi en expédiant des marchandises dans des vaisseaux ne battant pas pavillon de la Couronne, mais des jurys locaux acquittent les accusés et démontrent la dimension politique des jurys, tout en adaptant la procédure au contexte colonial (B).

A) Le jury comme outil d'autonomisation coloniale

Le premier grand jury des colonies américaines est constitué en 1635, en réponse aux abus de pouvoir des représentants de la Couronne anglaise¹³⁹. En effet, le grand jury a le pouvoir de déposer des accusations contre ces derniers¹⁴⁰. Dans le contexte colonial, les grands jurys comptent jusqu'à 23 grands jurés. Ils prennent leurs décisions à la majorité simple et agissent à huis clos en vue de préserver la réputation des personnes qui n'ont pas encore été inculpées. De plus, seul le procureur général présente ses preuves : il n'y a donc ni juge ni avocat de la défense devant le grand jury. Les preuves qui seraient illégales au procès sont recevables devant le grand jury qui peut questionner les témoins, ce que ne sont pas en mesure de faire les jurés d'un procès. Conservant le modèle anglais des jurys de procès¹⁴¹, plusieurs colonies (notamment la Pennsylvanie, l'État de New York et les Carolines) limitent alors le pouvoir du jury aux questions de

¹³⁷ S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 592; H.D. HAZELTINE, « Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », (1917) 17 *Colum. L. Rev* 1, 11-12.

¹³⁸ A. DECROIX, D. GILLES, M. MORIN, préc., note 87, p. 255.

¹³⁹ H.D. HAZELTINE, préc., note 138, p. 9-10.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 796.

fait¹⁴². D'autres colonies (par exemple, les colonies de la Nouvelle-Angleterre et la Virginie) préfèrent écarter les pratiques anglaises¹⁴³ et permettre au jury de se prononcer sur des questions de droit¹⁴⁴.

À partir de 1764, chaque colonie américaine est pourvue d'un droit à un procès devant jury. Des jurys puissants sont considérés comme davantage aptes à protéger les colons de la Couronne britannique. Les deux types de jury acquièrent rapidement un rôle politique d'importance dans le contexte des treize colonies¹⁴⁵. Comme les colons américains n'ont aucun contrôle sur les institutions britanniques, ils se tournent plutôt vers les jurys locaux pour la protection de leurs intérêts¹⁴⁶. En effet, le jury permet une représentation locale au sein du système judiciaire¹⁴⁷ et ainsi un certain contrôle des actes de la Couronne et de ses représentants¹⁴⁸. Le grand jury, par exemple, a compétence pour enquêter sur les agissements des titulaires de charge publique¹⁴⁹. Il peut également refuser les accusations déposées par le procureur général¹⁵⁰, précisément lorsque

¹⁴² William E. NELSON, « The Lawfinding Power of Colonial American Juries », (2010) 71-5 *Ohio State Law Journal* 1003; *The Common Law in Colonial America*, vol. 1, vol. 2, vol. 3, vol. 4, Cambridge, Oxford University Press, 2008, 2012, 2016, 2018.

¹⁴³ William E. NELSON, « The Eighteenth-century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence », (1978) 76-6 *Michigan Law Review* 893, 913.

¹⁴⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 796; Alfredo GARCIA, « The Jury Trial in the Criminal Context: The Link between the Defendant and the Community », (1992) 4 *St. Thomas L. Rev* 81, 83; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 36 et 37; Nancy GERTNER, « Juries and Originalism: Giving "Intelligible Content" to the Right to a Jury Trial », (2010) 71 *Ohio State Law Journal* 935, 937, 939 et 940.

¹⁴⁵ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 32.

¹⁴⁶ Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 109-110.

¹⁴⁷ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 421-422.

¹⁴⁸ N. GERTNER, préc., note 145, p. 941.

¹⁴⁹ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 83 et 85; N. GERTNER, préc., note 134, p. 434; J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 792.

¹⁵⁰ R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 470.

celles-ci sont empreintes de malice ou visent à faire taire les voix critiques¹⁵¹.

Le jury du procès, quant à lui, peut atténuer la sévérité des lois criminelles anglaises¹⁵². Les jurys permettent de ce fait aux colonies de résister aux lois anglaises avec lesquelles elles sont en désaccord¹⁵³. En réaction, le Parlement britannique restreint le droit à un procès devant jury¹⁵⁴. Ainsi, la compétence des cours d'amirauté et de vice-amirauté, où les procès ont lieu devant juge seul, est élargie. De plus, les fonctionnaires et les responsables britanniques peuvent choisir de subir leur procès en Angleterre plutôt que dans les colonies. Enfin, les colons américains accusés de trahison doivent dorénavant subir leur procès en Angleterre¹⁵⁵. Le recours aux jurys et les contours de ses pouvoirs deviennent rapidement l'un des enjeux clés de la révolution américaine¹⁵⁶.

Au regard de la composition des jurys américains, on trouve les mêmes proportions de membres que dans le cas des jurys britanniques¹⁵⁷, même si les jurys civils peuvent être composés de six membres dans certaines colonies¹⁵⁸. En 1645, le Connecticut permet des jurys civils de six personnes. Au Massachusetts, il est possible de convoquer un jury civil de six membres lorsque la valeur de la cause est inférieure à 10 livres et qu'il n'y a pas suffisamment de personnes pour un jury de douze

¹⁵¹ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 84 et 85; R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 469; Albert W. ALSCHULER et Andrew G. DEISS, « A Brief History of the Criminal Jury in the United States », (1994) 61-3 *The University of Chicago Law Review* 867, 874.

¹⁵² S.E. BALDWIN, préc., note 137, p. 188; N. GERTNER, préc., note 134, p. 434.

¹⁵³ H. WEDDELL, préc., note 50, p. 461; R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 469; J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 799; M. KADISH, préc., note 51, p. 10-11.

¹⁵⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 792, 802-803; A.W. ALSCHULER et A.G. DEISS, préc., note 152, p. 875; S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 594-595.

¹⁵⁵ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 110.

¹⁵⁶ S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 34.

¹⁵⁷ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 427.

¹⁵⁸ Douglas HAY, « The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 305, à la p. 308; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 428.

membres¹⁵⁹. Bien que la notion de représentativité des jurys soit importante, le rôle de juré n'est pas accessible à tous les habitants des colonies américaines. Les femmes, les Noirs, les servants et les plus démunis sont généralement exclus des jurys¹⁶⁰. Sauf exception, seuls les propriétaires masculins de la région où a pris naissance la cause d'action peuvent agir en tant que juré¹⁶¹. Ils sont alors, *a priori*, en mesure de bien connaître la région et ses normes sociales¹⁶². Le critère de propriété sert à réduire le risque de corruption (les gens aisés étant perçus comme moins corruptibles que les démunis¹⁶³) et à recruter les hommes les mieux éduqués de la région¹⁶⁴ : « As John Adams stated, although jurors were the “voice of the people”, the “people” were not “the vile populace or a rabble of the country, nor the cabal of a small number of factious persons”, but rather the more “judicious part” of the citizenry¹⁶⁵ ».

Près de deux tiers des hommes blancs sont donc inadmissibles à siéger dans un jury¹⁶⁶. Malgré cela, il semblerait que les classes supérieures n'étaient pas surreprésentées parmi les membres des jurys. En effet, les plus riches préfèrent payer l'amende et ainsi échapper à ces tâches¹⁶⁷. Les jurys sont donc surtout composés de membres de la classe moyenne¹⁶⁸, c'est-à-dire d'agriculteurs, d'artisans et de marchands¹⁶⁹. Une telle composition, locale et marchande, s'avère avoir une influence sur le

¹⁵⁹ William E. NELSON, « The Utopian Legal Order of the Massachusetts Bay Colony, 1630-1686 », (2005) 47-2 *The American Journal of Legal History* 183, 196.

¹⁶⁰ W.E. NELSON, préc., note 144, p. 919.

¹⁶¹ N. GERTNER, préc., note 145, p. 939-940; H. WEDDELL, préc., note 50, p. 461.

¹⁶² N. GERTNER, préc., note 134, p. 435.

¹⁶³ Arthur T. VANDERBILT, *Judges and Jurors: Their Functions, Qualifications and Selection*, Boston, Boston University Press, 1956, p. 62; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 399 et 400.

¹⁶⁴ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 399, 400, 434 et 458-460.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 432.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 432-433; W.E. NELSON, préc., note 144, p. 919.

¹⁶⁷ R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 475; S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 588-589; S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 33; W.E. NELSON, préc., note 144, p. 918-919.

¹⁶⁸ S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 33.

¹⁶⁹ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 432-433.

déroulement des actes de procédure. Ainsi, les accusés « anglais » en matière criminelle, durant la période prérévolutionnaire, subissent largement la montée du sentiment anti-Angleterre et sont soumis à des délibérations sévères de jurys acquis à la cause révolutionnaire. C'est pour cette raison que la Grande-Bretagne permet notamment que les officiers britanniques accusés subissent leur procès en Angleterre plutôt que dans les colonies lorsqu'ils sont accusés de meurtre¹⁷⁰ à travers l'un des célèbres *Intolerable Acts*¹⁷¹, soit l'*Impartial Administration of Justice Act*¹⁷².

B) L'appropriation de la dimension politique des jurys par les colons des treize colonies

Il est donc de la nature même des jurys d'élargir la participation à la gouvernance offerte par les structures politiques courantes, ce qui s'avère d'autant plus crucial dans le contexte colonial. Pour certains¹⁷³, le début de la révolution américaine se situe au moment de l'introduction du procès de John Peter Zenger¹⁷⁴, éditeur du *New York Weekly Journal*.

¹⁷⁰ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 106.

¹⁷¹ Sur ces textes et le contexte institutionnel américain à la veille de la révolution américaine, voir David GILLES, « Le modèle colonial britannique en question : variations autour de la transplantation des droits (Amérique du Nord XVII^e-XVIII^e siècles) », dans Éric GOJOSSE, Arnaud VERGNE et David KREMER (dir.), *Les colonies. Approches juridiques et institutionnelles de la colonisation de la Rome antique à nos jours*, Poitiers, Université de Poitiers, Faculté de droit et sciences sociales, 2014, p. 395.

¹⁷² 14 Geo III c. 39. Ce texte permet à un gouverneur de déplacer un procès criminel vers une autre colonie ou vers l'Angleterre s'il craint que les jurys ne soient impartiaux dans la colonie où les faits relatifs au procès ont eu lieu. Les témoins des deux parties sont tenus de suivre la tenue du procès et sont indemnisés pour ce faire. Concernant les textes relatifs à cette question, voir J. Michael WALLER, *Founding Political Warfare Documents of the United States*, sl., éd. Lulu.com, 2009, p. 175.

¹⁷³ Voir, par exemple, WEST VIRGINIA ASSOCIATION FOR JUSTICE, *Trial by Jury*, en ligne : <<https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>>.

¹⁷⁴ Paul FINKELMAN, « Politics, the Press, and the Law: The Trial of John Peter Zenger » dans Michael R. BELKNAP (dir.), *American Political Trials*, Albany, Greenwood, 1994, p. 25-26.

C'est l'un des exemples les plus emblématiques de la confrontation entre colons, Couronne et juges, autour de l'institution du jury. En 1734, le journal publie un article critiquant le gouverneur royal William Crosby pour avoir destitué le juge Lewis Morris¹⁷⁵. Indigné, Crosby fait arrêter et emprisonner Zenger pour diffamation séditieuse¹⁷⁶. Un jury de ses pairs l'acquitte rapidement, en dépit des instructions du juge¹⁷⁷, Zenger ayant publié une vérité. Cette cause illustre l'enjeu relatif à la liberté de la presse : les rédacteurs en chef et les éditeurs ne peuvent plus être reconnus coupables de diffamation lorsqu'ils impriment la vérité¹⁷⁸. À la suite de cette décision, les journaux coloniaux sont libres de critiquer ouvertement la Couronne britannique, et c'est dans la presse que la ferveur révolutionnaire s'accroît durant les décennies suivant la décision *Zenger*. Ce cas est un exemple frappant de la puissance du jury colonial et de son instrumentalisation comme rempart contre les abus d'un gouvernement déconnecté de sa population. Plusieurs situations similaires donnent l'occasion aux protagonistes de la colonie de s'affronter à travers les jurys. Cette tension obligera à une adaptation coloniale qui, sans être suffisante, permettra une appropriation de l'institution et une montée en puissance de sa dimension politique, en droite ligne des écrits de Blackstone portant sur les libertés des sujets britanniques. Adoptant l'angle de la question de la récusation des jurés, la dimension politique du jury finit par incarner un outil de contestation du pouvoir colonial avant de le caractériser. À la veille de la guerre de l'Indépendance, les colons américains reprochent au roi d'Angleterre de les priver du bénéfice de la procédure par jurés dans plusieurs situations, alors que ce dernier constate le détournement de plus en plus politique de certains de ces jurys.

¹⁷⁵ Voir William Lowell PUTNAM, *John Peter Zenger and the Fundamental Freedom*, Jefferson, North Carolina, McFarland, 1997.

¹⁷⁶ Voir Peter ZENGER, *The Tryal of John Peter Zenger, of New-York, Printer, Who was lately Try'd and Acquitted for Printing and Publishing a Libel against the Government*, Londres, J. Wilford, 1738.

¹⁷⁷ Sur ce sujet, voir Valerie P. HANS et Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Perseus Publishing, 1986, p. 32-34.

¹⁷⁸ Eben MOGLEN, « Considering Zenger: Partisan Politics and the Legal Profession in Provincial New York », (1994) 94-5 *Columbia Law Review* 1495.

1. L'adaptation au contexte colonial : mixité, représentativité et sélection

Dans certaines causes de l'époque, il est préférable, pour assurer l'équité du procès, de convoquer un jury spécial composés d'individus ayant une expertise particulière¹⁷⁹. Il s'avère important que le processus soit perçu comme juste et équitable pour éviter des tensions sociales¹⁸⁰. Ainsi, lorsque le procès implique un étranger ou un Autochtone, le jury est à moitié composé de ses compatriotes, dans la mesure du possible¹⁸¹ : par exemple, en 1674, « an Indian, Sassamon, was murdered [...] Accordingly, six Indians were added to the jury¹⁸² ». Le droit à un tel jury *de medietate linguae* est reconnu dans plusieurs colonies¹⁸³, dont le Massachusetts¹⁸⁴. C'est aussi le cas en Pennsylvanie où William Penn négocie des jurys de ce type avec la nation Lenni Lenape¹⁸⁵. Dans ce contexte, Penn détermine que toute contestation de terre entre les colons et les Indiens installés dans le Delaware doit se régler devant des jurys comportant au moins six Amérindiens¹⁸⁶. De plus, il souligne une certaine connaissance et aisance des Amérindiens avec les outils juridiques occidentaux, considérant en 1683 que « [they] are not disquieted with bills of lading and exchange, nor

¹⁷⁹ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 404.

¹⁸⁰ Deborah A. RAMIREZ, « The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A History and a Proposal for Change », (1994) 74 *B.U. L. Rev.* 777, 791.

¹⁸¹ J. OLDDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 626; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 404; Deborah A. RAMIREZ, « A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury », (1993-94) 31 *Am. Crim. L. Rev.* 1213, 1214.

¹⁸² D.A. RAMIREZ, préc., note 182, p. 1220-1221.

¹⁸³ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 438-439.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 438-439.

¹⁸⁵ Katherine HERMES, « Justice will be Done to Us: Algonquin Demands for Reciprocity in the Courts of European Settlers », dans Bruce H. MANN et Christopher L. TOMLINS (dir.), *The Many Legalities of Early America*, Chapell Hill, University of North Carolina Press, 2001, p. 113, n. 28.

¹⁸⁶ William PENN et Albert Cook MYERS, *William Penn's Own Account of the Lenni Lenape or Delaware Indians*, rééd., Boston, Middle Atlantic Press, 1970, p. 10.

perplexed with chancery suits¹⁸⁷ ». Globalement, les Amérindiens reconnaissent la pratique des jurys de common law lorsqu'un acte criminel met en cause un Blanc et un Amérindien, le jury étant alors composé de six Blancs et de six Indiens de la tribu¹⁸⁸. Cotton Mather et Thomas Robbins relèvent le recours à un jury mixte dans le procès controversé des trois Wanpanoag pour le meurtre de l'Indien christianisé John Sassamon¹⁸⁹. Globalement, de tels jurys mixtes sont réservés aux questions pénales et criminelles. Le Rhode Island introduit lui aussi de tels jurys mixtes¹⁹⁰. De même, des jurys spéciaux peuvent être composés de membres des classes supérieures (*blue ribbon jury*)¹⁹¹ ou de marchands, spécialement dans les causes en matière de commerce¹⁹². Enfin, des jurys composés de femmes (*matrons' jury*)¹⁹³ peuvent être convoqués dans deux cas particuliers¹⁹⁴, soit lorsqu'il est nécessaire de déterminer si une femme

¹⁸⁷ William PENN, « Letter from William Penn to the Free Society of Traders (Aug. 16, 1683) », réimprimé dans Robert PROUD, *The History of Pennsylvania in North America*, vol. 246, Philadelphie, Zachariah Poulson, 1797, p. 255.

¹⁸⁸ K. HERMES, préc., note 186, p. 133.

¹⁸⁹ Voir Cotton MATHER et Thomas ROBBINS (dir.), *Magnalia Christi Americana, or, The Ecclesiastical History of New-England from its First Planting in the Year 1620, unto the Year of Our Lord: In Seven Books*, Hartford, S. Andrus, 1855, p. 34-67.

¹⁹⁰ *Rhode Island Record Book*, Newport County, Rhode Island Judicial Archives, A, 1674, p. 37, 38 et 1702, p. 209.

¹⁹¹ D.G. SMITH, préc., note 36, 402-403; J. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 627 et 631.

¹⁹² J. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 627 et 632.

¹⁹³ Susan A. LENTZ, « Without Peers: A History of Women and Trial by Jury Part One – From the Women's Sphere to Suffrage », (2000) 11-3 *Women & Criminal Justice* 83; Susan A. LENTZ, « Without Peers: A History of Women and Trial by Jury Part Two – The Law of Jury Service in the Twentieth Century », (2000) 11-4 *Women & Criminal Justice* 81.

¹⁹⁴ S.G. TUCKER, préc., note 36, p. 362; Linda MCCLAIN et Joanna L. GROSSMAN (dir.), *Gender Equality: Dimensions of Women's Equal Citizenship*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 78; James C. OLDHAM, « On Pleading the

est enceinte ou non et dans les procès pour sorcellerie¹⁹⁵. Ainsi, on relève un jury composé de femmes en Virginie en 1633 : « A woman, Margaret Hatch, indicted for murdering her child. Petit jury find her guilty of manslaughter. Sentenced to be hanged; pleads pregnancy; and jury of Matrons finds her not pregnant¹⁹⁶ ». Selon des périodes variables, à partir de 1674, de nombreuses colonies britanniques puis des États américains vont introduire la pratique du jury *de medietate linguae*. Ainsi, le Kentucky, le Maryland, le Massachusetts, la Pennsylvanie, l'État de New York, la Virginie et la Caroline du Sud ont tous recours au jury *de medietate linguae*, à des degrés divers. Dès 1674, les tribunaux de la toute jeune colonie de Plymouth intègrent des jurys mixtes entre Autochtones et colons, lorsqu'un litige oppose des membres des deux communautés. Là encore, la perception de l'équité et de la justice du procès est en cause, ce qui nécessite une acceptation de communautés très différentes. Ce faisant, on assure l'équité et l'on réaffirme la légitimité de la procédure, d'une justice coloniale en mal de légitimité par définition. Comme le souligne Deborah A. Ramirez, le jury mixte « was important to the colonists as the natives' perception of unfairness may have triggered bloody unrest or, at least, social tension¹⁹⁷ ».

Somme toute, hors du cas du jury *de medietate linguae*, le recours au jury s'avère simple. Dans un litige impliquant deux parties, A et B, le shérif¹⁹⁸ a la tâche de convoquer « twelve free and lawful men [...] who are neither of kin to the aforesaid A, nor the aforesaid B¹⁹⁹ ». Cette tâche est confiée au shérif, « a man of some fortune and consequence: that so he

Belly: A History of the Jury of Matrons », dans Louis A. KNAFLA (dir.), *Criminal Justice History*, vol. 6, Londres, Meckler, 1985, p. 1-64.

¹⁹⁵ L. MCCLAIN et J.L. GROSSMAN (dir.), préc., note 195, p. 78; Carol WEISBROD, « Images of the Woman Juror », (1986) 9 *Harvard Women's Law Journal* 59, 60.

¹⁹⁶ « Ancient Records », vol. 3, par. 224, cité dans William Waller HENING, *The Statutes at Large; Being a Collection of all the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619*, vol. 1, New York, R. & W. & G. Bartow, 1823, p. 209.

¹⁹⁷ Deborah A. RAMIREZ, préc., note 120, 790.

¹⁹⁸ S.G. TUCKER, préc., note 36, p. 355.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 352.

may be not only the less tempted to commit wilful errors, but likewise be responsible for the faults of either himself or his officers; and he is also bound by the obligation of an oath faithfully to execute his duty » ou, si le shérif a un intérêt dans l'affaire, au coroner²⁰⁰. Toutefois, en matière criminelle, il est toujours acceptable, et même louable, de convoquer des hommes favorables à la Couronne²⁰¹. Au regard du choix des jurés, la sélection sur le fondement des connaissances et d'une certaine impartialité se maintient dans les colonies américaines²⁰², mais son utilisation s'en trouve orientée. La fidélité à la Couronne, critère traditionnel de la composition des jurys, devient un enjeu de tension dans le contexte colonial. Les colonies optent au contraire, au fil des années, pour divers mécanismes permettant d'assurer l'impartialité des jurés à l'égard des autorités britanniques et une meilleure représentativité des intérêts coloniaux. Au Massachusetts, les jurys de procès sont d'abord convoqués par les autorités britanniques : « all criminal facts, and also all matters of trespasses and debts between man and man should be tried by the verdict of twelve honest men to be impaneled by authority in form of a jury upon their oath²⁰³ ». De plus, « it be lawful for the Governor as well to panel such the king subjects of good report that are freeholders & no freeman upon Jewry to doe service to his Majesty as well as such as have taken up their freedom if thought convenient²⁰⁴ ». Dès le milieu du XVII^e siècle, la tendance est plutôt à une élection des jurés par des assemblées locales :

[T]he Secretary or Clerk of every Court, shall in convenient time before the sitting of the Court, send Warrants to the Constables of the several Towns of the Jurisdiction of that Court, for Jury

²⁰⁰ *Id.*, p. 354-355.

²⁰¹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35; Nancy S. MARDER, « Justice Stevens, the Peremptory Challenge, and the Jury », (2006) 74-4 *Fordham Law Review* 1683, 1690.

²⁰² N.S. MARDER, préc., note 202, 1690.

²⁰³ «Laws of the Colony of New Plymouth », dans William BRIGHAM, *The Compact with the Charter and Laws of the Colony of New Plymouth: Together with the Charter of the Council at Plymouth, and an Appendix, Containing the Articles of Confederation of the United Colonies of New England, and other Valuable Documents*, Boston, Dutton and Wentworth, 1836, p. 28.

²⁰⁴ *Id.*, p. 42 : « Who to be panel in juries » (1636).

men proportional to the Inhabitants of each Town : And the Constable upon the receipt of such Warrant, shall give timely notice to the Freemen of their respective Towns, to choose so many able, discreet men as the Warrant shall require, which men so chosen, he shall warn to attend the Court whereto they are appointed, and shall make return of the Warrant unto the Clerk aforesaid²⁰⁵.

Cette méthode est toutefois jugée inefficace et remplacée, en 1736, par un simple tirage au sort²⁰⁶. La Caroline du Sud adopte également le tirage au sort comme méthode de sélection des jurés²⁰⁷. Par la suite, les

²⁰⁵ « The General Laws of the Massachusetts Colony, Revised and Published, by Order of the General Court in October 1658 », dans William H. WHITMORE (dir.), *The Colonial Laws of Massachusetts: Reprinted from the Edition of 1672, with the Supplements through 1686*, Boston, Rockwell and Churchill, 1890, p. 86.

²⁰⁶ *An Act for The Regular Appointment of Petit Jurors* (Massachusetts), 1736-37, c. 10, art. 1 et 2 :

That the selectmen of each town within this province to whom *venires* shall be sent for petit jurors [...] shall [...] take a list of the names of all the inhabitants of their respective towns, liable by law and qualified to serve on the petit jury, and the said list shall lay before their respective towns, at a meeting [...] and shall make out distinct tickets [...] with one of the person's name[s] contained in such a list, fairly written on each ticket; and such tickets shall be kept by the town clerk, in a convenient box, under lock and key.

Les noms étaient ensuite tirés au hasard.

²⁰⁷ *An Act confirming and establishing the ancient and approved Method of Drawing Juries by Ballot in this Province, and for the better Administration of Justice in criminal Causes, and for appointing of Special Courts for the Trial of the Causes of Transient Persons, declaring the Power of the Provost Marshal, for allowing the Proof of Deeds beyond the Seas as Evidence, and for Repealing the several Acts of the General Assembly therein mentioned* (Caroline du Sud), 1731, art. II et III :

The Chief Justice of this Province shall [...] cause to be written on small pieces of parchment or paper, of an equal size and bigness, the names of all the persons hereby appointed to serve as jury-men, and having first diligently compared them with the lists or schedules hereto annexed, shall cause them to be put into a box or chest, to be prepared for that purpose, with 6 divisions made therein, with the number of

noms sont tirés au sort « by a child under the age of 10 years²⁰⁸ ». La même procédure est retenue par la Pennsylvanie²⁰⁹. Quant à la Virginie, elle permet plutôt, en raison de contraintes géographiques, le recrutement de jurés parmi les spectateurs et les passants : « Immediately after the commitment of any person found criminal to the grand inquest [...] the

each division marked upon the cover thereof, observing the method following, that is to say, the names of all the persons mentioned in the schedule hereunto annexed, entitled, A list of grand jury-men, shall be put into the division in the said box numbered 1 and the names of all the persons mentioned in the schedule or list hereunto annexed, entitled, A list of petit jury-men, shall be put into the division of the said box numbered 3 and the names of the persons mentioned in the schedule or list, entitled, A list of special jury-men, shall be put into the division of the said box numbered 5.

John Faucheraud GRIMKÉ, *The public laws of the state of South-Carolina, from its first establishment as a British province down to the year 1790, inclusive, in which is comprehended such of the statutes of Great Britain as were made of force by the act of assembly of 1712, with an appendix containning such other statutes as have been enacted or declared to be of force in this state, either virtually or expressly, to which is added the titles of all the laws (with their respective dates) which have been passed in South-Carolina down to the present time, also the Constitution of the United States with the amendments thereto, and likewise the newly adopted Constitution of the state of South-Carolina, together with a copious index to the whole*, Philadelphie, R. Aitken & Son, 1790, p. 123.

208

Id.

209

The great law or the body of laws, of the Province of Pennsylvania & Territories thereunto belonging, Past At an Assembly held at Chester, alias Upland, the 7th day of the 10th Month called December, 1682, c. LXIX :

And that all possible Care and tenderness may be shoven about the life of men, and to prevent Corruption, – *By the authority aforesaid Be it Enacted*, That in all Causes Capital, and Criminal, The freemen of the County shall be summoned by the Sheriffs, and the names of the freemen shall be writ in small pieces of paper, and put into a hat and shaken; forty eight of whom shall be drawn by a Child, and those so drawn, shall stand for the Sheriffs Returns; And the first twelve, not reasonably excepted against, shall Stand and Serve for the trial.

Staughton GEORGE, Benjamin M. NEAD et Thomas MCCAMANT (rééd.), sous la dir. de John Blair LINN, *Charter to William Penn, and Laws of the Province of Pennsylvania, Passed between the years 1682 and 1700*, Harrisburg, Lane S. Hart, 1879, p. 129.

clerk of that office shall presently send a *venire facias* to the said sheriff to impanels six men of the ablest and nearest of the inhabitants of his county to that place where the fact was committed [...] and that the rest of the jury be made up of the by slanders²¹⁰ ».

Pour ce qui est des grands jurys, les membres sont élus par les assemblées locales jusqu'en 1774²¹¹. Dans cette perspective politique, en 1751, l'Assemblée générale de la Caroline du Sud déclare que « toute personne qui s'efforcerait de nous priver d'un privilège aussi glorieux de procès avec jury » est un ennemi du peuple de la colonie. La *Stamp Act Congress* dès 1765 établit que le droit au jury comme un droit inhérent à la qualité de citoyen britannique. À l'occasion de ce texte, John Jay, qui deviendra plus tard le premier juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, revendique les avantages de la Constitution anglaise et le droit « inestimable au procès devant jury²¹² ».

2. La récusation des jurés en contexte colonial : instrument « impartial » mais politique

Dans le contexte colonial, les mêmes règles de common law relatives à la récusation des jurés sont en vigueur, comme nous l'avons mentionné plus haut. Toutefois, là où en Angleterre la dimension politique de la partialité des jurys joue davantage sur les questions religieuses, car les autorités visent les catholiques, la problématique est différente dans les treize colonies où le creuset (*melting-pot*) religieux est plus marqué. Selon la common law, il n'est pas possible de questionner les jurés potentiels quant à leurs opinions politiques et à leurs préjugés. Toutefois, dans un

²¹⁰ « Criminal causes to be tried at the General Court (Virginie) », 1661-62, Act XXIV, dans William Waller HENING, *The Statutes at Large; being a collection of all the laws of Virginia, from the first session of the legislature, in the year 1619*, vol. 2, Richmond, Samuel Pleasants, 1809-23, p. 63.

²¹¹ R.F. WRIGHT, préc., note 69, 475.

²¹² « Know then that we claim all the benefits secured to the subject by the English Constitution, and particularly the inestimable right of trial by jury »: William JAY, *The Life of John Jay: With Selections from his Correspondence and Miscellaneous Papers*, vol. 1, New York, Harper, 1833, p. 466.

contexte de tensions politiques, le Massachusetts tente de contourner cette règle en permettant l'interrogation des jurés potentiels lors d'assemblées municipales en 1760²¹³, mais le Parlement britannique abroge cette loi coloniale dès 1774²¹⁴.

Toutefois, si des éléments de partialité sont décelés durant un procès, les parties peuvent demander la récusation du juré. Il existe deux types de récusation, soit la récusation motivée et la récusation péremptoire. Dans le premier type, si un juré invoque des liens familiaux ou économiques avec l'une des parties, il revient alors au juge ou aux jurés déjà retenus de décider d'exclure ou non le juré en question²¹⁵. Le second type, soit la récusation péremptoire, permet l'exclusion d'un certain nombre de jurés potentiels²¹⁶ sans avoir à le justifier. Alors que le droit de récusation péremptoire de la Couronne est illimité en Angleterre²¹⁷, les colonies américaines préfèrent le restreindre²¹⁸. L'accusé a également le droit d'exclure un certain nombre de jurés²¹⁹. Le nombre de récusations péremptoires permises varie selon la colonie et le type de cause. Par exemple, au Massachusetts en 1671, lorsque l'accusé s'expose à la peine capitale, il peut exclure 6 ou 8 jurés sans avoir à motiver ses choix. Ce nombre sera augmenté à 20 en 1685²²⁰. En Caroline du Sud, les accusés

²¹³ *An Act for the Better Regulating the Choice of Petit Jurors* (Massachusetts), 1760, c. 29, art. 1; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35-36.

²¹⁴ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 36.

²¹⁵ D.G. SMITH, préc., note 36, p. 435; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²¹⁶ D.G. SMITH, préc., note 36, p. 435-436.

²¹⁷ Callie WILLIAMS, « Jury Discrimination: The Peremptory Challenge as a Racially Discriminatory Device », (1986) 12 *Southern University Law Review* 189, 190-191.

²¹⁸ David Everett MARKO, « The Case against Gender-based Peremptory Challenges », (1993) 4-1 *Hastings Women's Law Journal* 109, 110-111.

²¹⁹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²²⁰ *The General Fundamentals* (Massachusetts), 1671, c. 1, art. 5; W. BRIGHAM, préc., note 204, p. 241 et 293.

ont droit à 35 récusations péremptoires dans les procès pour haute trahison à partir de 1712 et à 20 dans les procès pour d'autres crimes²²¹.

En participant à la mise en œuvre des lois britanniques, en les adaptant puis en se les appropriant, les habitants des colonies, à travers le jury, feront de cette institution de common law un outil reflétant leurs réalités et leurs valeurs, finalisant la substitution du simple objectif judiciaire au double objectif à la fois judiciaire et politique. Ainsi, même s'ils ne sont pas représentés au Parlement britannique, ils disposent d'un moyen efficace pour résister aux lois qu'ils jugent injustes. Conscient de l'importance croissante du jury colonial et de son utilité pour contourner les lois britanniques²²², le Parlement de Londres cherche à en reprendre le contrôle à partir des années 1760²²³. Toutefois, bien que la pratique de convoquer des jurés favorables à la Couronne ait été acceptable durant les premiers temps coloniaux²²⁴, la notion du jury comme organe représentatif des habitants locaux est maintenant profondément ancrée dans la culture américaine. Il est donc trop tard pour une reprise de contrôle britannique.

3. « The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce²²⁵ »

C'est ainsi que le jury se présente, dans la perspective des jeunes États américains, « as the “bulwark”²²⁶, the protector, the “very palladium

²²¹ *An Act to put in force in this Province the several Statutes of the Kingdom of England or South Britain, therein particularly mentioned* (Caroline du Sud), 1712; Thomas COOPER, *The Statutes at Large of South Carolina*, vol. 2, Columbia, A. S. Johnston, 1837, p. 459 et 540.

²²² A.W. ALSCHULER et A.G. DEISS, préc., note 152, 874.

²²³ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²²⁴ *Id.*; N.S. MARDER, préc., note 202, 1690.

²²⁵ Elbridge GERRY, « Observations by Elbridge Gerry », dans Paul Leicester FORD (dir.), *Pamphlets on the Constitution of the United States: Published during Its Discussion by the People 1787-1788*, s. l., s. n., 1888, p. 10.

²²⁶ Tels sont les mots de Richard Henry Lee : Charles PINNEGAR, *Virginia and State Rights, 1750-1861: The Genesis and Promotion of a Doctrine*, Jefferson, MacFarland, 2009, p. 32.

of our liberties and of free governments”²²⁷ ». À vrai dire, la Déclaration d’indépendance de 1776, la Constitution de 1787 et le *Bill of Rights* de 1791 sacralisent l’institution. Lors du 1^{er} Congrès continental tenu à Philadelphie en 1774, les représentants présents déclarent déjà que les colons américains ont droit au « grand et précieux privilège d’être jugé par un jury composé de leurs pairs ». L’année suivante, les efforts des dirigeants britanniques pour priver les colons de leur droit à un procès devant jury sont cités comme l’une des causes de la révolution américaine. Dans la Déclaration sur les causes et la nécessité de prendre les armes, le second Congrès continental mentionne le déni du « privilège habituel et inestimable du procès par jury, tant dans le cas de la vie que dans celui de la propriété²²⁸ ». En 1776, dans la Déclaration d’indépendance, on fait grief au roi George III de priver ses sujets « du procès avec jury ». Après la Déclaration d’indépendance, chaque colonie rédige une nouvelle constitution et inscrit le droit au jury dans ses statuts fondamentaux. Ainsi, dans la *Déclaration des droits de Virginie* de juin 1776, George Mason écrit que « l’ancien procès avec jury est préférable à tout autre et doit être tenu pour sacré »²²⁹ [notre traduction]. Il préservera ce droit dans la Constitution de la Virginie qu’il formulera plus tard au cours de cette année. La Constitution de New York, quant à elle, est rédigée ainsi : « Et cette convention ordonne, détermine et déclare, au nom et par l’autorité du peuple de cet État, ce procès avec jury, dans tous les cas où il a été utilisé jusqu’à présent dans la colonie de New York, sera établi et restera inviolable pour toujours ». On trouve un langage similaire dans toutes les constitutions des États, de même que dans la charte des Territoires du

²²⁷ Alexander HAMILTON et autres (dir.), *The Federalist Papers*, Middleton, Wesleyan University Press, 1961, n° 83, p. 562.

²²⁸ Voir Julian P. Boyd, « L’auteur contesté de la Déclaration sur les causes et la nécessité de prendre les armes, 1775 », (1950) 74 *Revue d’histoire et de biographie de Pennsylvanie* 51.

²²⁹ THE VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS, art. 11 : « That in controversies respecting property, and in suits between man and man, the ancient trial by jury is preferable to any other, and ought to be held sacred »; « The Proceedings of the Convention of Delegates, Held at the Capitol, in the City of Williamsburg, in the Colony of Virginia, on Monday the 6th of May, 1776 », Williamsburg (1776), p. 100-103, dans William W. HENING (dir.), *The Statutes at Large*, IX, 1890-1923, p. 109-112.

Nord-Ouest. Les normes des différents États affirment également l'importance du droit au jugement par jury²³⁰.

Lors du Congrès de Philadelphie en 1787, nécessaire afin de rédiger une nouvelle constitution, les débats autour du jury notamment se révèlent houleux. Le projet présenté le 12 septembre 1787 autorise les procès avec jury dans les affaires pénales, mais pas dans les affaires civiles. Elbridge Gerry, délégué du Massachusetts, relève notamment cette omission en soulignant que : « The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce. A tribunal without juries would be a Star Chamber in civil cases²³¹ ». Il ajoute que le jury protège des juges corrompus²³². Cette position sera appuyée par George Mason, soutenant la nécessité de compléter le document d'une déclaration des droits garantissant à la fois la liberté de la presse et un procès par jury. Les délégués tentent alors de modifier la constitution pour inclure les procès avec jury dans les affaires civiles, mais certains opposants font valoir que le droit est déjà constitutionnalisé dans les États fédérés. L'amendement déposé est rejeté le 15 septembre 1787. Signée le 17 septembre, la nouvelle Constitution des États-Unis doit encore être ratifiée par les États fédérés, et plusieurs États du Sud refusent de le faire en l'absence de déclaration des droits, ce qui cristallise l'opposition entre fédéralistes et antifédéralistes, en particulier autour de la question de la garantie du procès par jury. Les fédéralistes, dirigés par des personnalités comme Alexander Hamilton et James Madison, défendent un gouvernement fort et centralisé, alors que les antifédéralistes, parmi qui figurent George Mason, Pinckney, Patrick Henry et Samuel Adams, craignent qu'un gouvernement national fort l'emporte sur les droits des États et des citoyens et plaident en faveur d'un *Bill of Rights* incluant le droit au jury constitutionnalisé au niveau fédéral. Durant cette période

²³⁰ Il en est ainsi dans la Virginia Constitution (Bill of Rights) art. I, §8 (1776); la Massachusetts Constitution (Bill of Rights) art. XV (1780) et la Northwest Ordinance, art. 2 (1787).

²³¹ E. GERRY, préc., note 226, p. 10.

²³² Leonard W. LEVY, *Origins of the Bill of Rights*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 228.

intense de débat²³³, le Pennsylvanien John Dickinson précise ceci : « Trial by jury is the cornerstone of our liberty. It is our birthright; who is in opposition to the genius of America shall dare to attempt its subversion »²³⁴? Il est rejoint par James Madison qui ajoute : « Trial by jury is essential to secure the liberty of the people as any one of the pre-existent rights of nature »²³⁵. Pour le représentant au Congrès Patrick Henry, devant la Convention constitutionnelle de Virginie, « [t]rial by jury is the best appendage of freedom. I hope that we shall never be induced to part with that excellent mode of trial »²³⁶. En 1787, son confrère de Virginie, Richard Henry Lee, abonde dans le même sens : « The right to trial by jury is a fundamental right of free and enlightened people and an essential part of a free government »²³⁷. Celui-ci renchérit sur le sujet : « We might as well have attempted to move Mount Atlas on our shoulders [...] The great points of free election, jury trial in criminal cases, and the unlimited rights of taxation, and standing armies remain as they were. The most essential danger [...] arises [...] from its tendency to a consolidated government instead of a union of confederated states »²³⁸. La section 2 de l'article III de la Constitution des États-Unis affirme alors que « [t]he trial of all Crimes except in Cases of Impeachment shall be by jury; and such Trial shall be held in the State where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by law have directed »²³⁹.

²³³ *Id.*

²³⁴ Voir UNITED STATES OF AMERICA, *Congressional Records: Proceedings and Debates of the Congress*, Washington, US Government Printing Office, 1938, p. 232.

²³⁵ « Madison Proposes Amendment » : Robert A. LICHT (dir.), *The Framers and Fundamental Rights*, Washington, American Enterprise Institute, 1991, p. 80.

²³⁶ *Commentary on the Proposed Constitution and a Side by Side*, Delaware, Constitution Revision Commission, 1970, p. 46.

²³⁷ Cité dans Harlow Giles UNGER, *First Founding Father: Richard Henry Lee and the Call to Independence*, Boston, Da Capo Press, 2017, p. 145.

²³⁸ Richard Henry LEE (the Younger), *Memoir of the Life of R. H. Lee, and his Correspondence with the most distinguished men in America and Europe, by his grandson*, vol. 2, Philadelphie, Carey and Lea, 1825, p. 98.

²³⁹ *Constitution of the United States*, 1787, en ligne : <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_3_>.

Poussés par les antifédéralistes, de nombreux États, dont les États majeurs du Massachusetts et de la Virginie, refusent de ratifier la Constitution des États-Unis, à moins que le document ne soit modifié pour inclure un *Bill of Rights*. Après la ratification de cinq États seulement, John Adams et John Hancock négocient un compromis pour le Massachusetts. Celui-ci permet aux délégués des États de signer le document en ajoutant une disposition qui demande à l'État de faire pression sur le Congrès américain afin que celui-ci le modifie. Ratifiée en 1788, la Constitution des États-Unis entre finalement en vigueur le 4 mars 1789, et ses membres conviennent de la nécessité d'une déclaration des droits. James Madison, qui dirige la délégation de Virginie, rédige le projet de loi formulant le *Bill of Rights*. Fondé en grande partie sur la Charte des droits de Virginie de 1776 de George Mason, ce projet de loi énonce les dix premiers amendements à la Constitution et est adopté par le Congrès le 25 septembre 1789.

Le droit au jury est donc finalement sacralisé en 1791 comme une liberté fondamentale, dans les cinquième²⁴⁰, sixième²⁴¹ et septième amen-

²⁴⁰ U.S. CONST. amend. V, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_3_ :

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

²⁴¹ U.S. CONST. amend. VI, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_6_ :

[TRADUCTION] Dans toute procédure criminelle, l'accusé jouira du droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'État et du district dans lequel le crime aura été commis, district dont les limites auront été tracées par une loi préalable; il sera informé de la nature et du motif de l'accusation; il sera confronté avec les témoins à charge; il aura la faculté de faire comparaître des témoins en sa faveur, et il aura l'assistance d'un conseil pour sa défense..

dements. Le sixième amendement énonce les droits à un procès avec jury rapide et impartial dans les affaires pénales, et garantit ainsi le droit dont Zenger avait profité 80 ans plus tôt. Le droit à un jury impartial en matière de droit privé est consacré précisément dans le septième amendement²⁴². Celui-ci prévoit en matière civile que dans les causes qui devront être décidées selon la common law, le jugement par jury sera conservé dès que la valeur des biens en litige excédera 20 dollars. Il ajoute que tout fait jugé par un jury ne pourra être soumis à l'examen d'une autre cour des États-Unis que conformément à la common law²⁴³. Dans ce contexte, la référence à la common law englobe la distinction traditionnelle du droit britannique entre les actions civiles que sont les actions en justice (*actions at law*) et les actions en équité (*actions in equity*). Cela signifie que le droit au jury est essentiellement garanti pour les premières, même si le recours au jury peut également exister pour les secondes, mais ne constitue pas un droit garanti constitutionnellement dans ces domaines. La formulation de cette déclaration des droits (*Bill of Rights*) de 1791 représente donc une occasion pour renforcer le recours au jury comme pierre angulaire et fondamentalement politique du nouveau cadre normatif américain²⁴⁴ : on y affirme que, dans toutes poursuites criminelles, « l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial ». C'est bien en ces termes fédérateurs que l'auteur fictif des « *Federalist Papers* », Publius (alias Hamilton) se réfère au procès par jury et témoigne d'une certaine unanimité autour du sentiment colonial favorable à cette institution, malgré l'opposition viscérale entre fédéralistes et non-fédéralistes :

²⁴² Martin H. REDISH, « Seventh Amendment Right to Jury Trial: A Study in the Irrationality of Rational Decision Making », (1975–1976) 70 *Northwestern University Law Review* 486.

²⁴³ U.S. CONST. amend. VII, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_7_ :

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

²⁴⁴ James FLEMING Jr., « Right to a Jury Trial in Civil Actions », (1962-1963) 72-4 *Yale Law Journal* 655.

The friends and adversaries of the plan of the convention, if they agree in nothing else, concur at least in the value they set upon trial by jury. Or if there is a difference between them, it consists in this: the former regard it as a valuable safeguard to liberty, the latter represent it as the very palladium of free government. For my own part, the more the operation of the institution has fallen under my observation, the more reason I have discovered for holding it in high estimation; and it would be altogether superfluous to examine to what extent it deserves to be esteemed useful or essential in a representative republic, or how much merit it may be entitled to as a defence against the oppression of an hereditary monarch, than as a barrier to the tyranny of popular magistrates in a popular government²⁴⁵.

À travers le grand jury, le citoyen américain participera aux actes de procédure préliminaire du jugement, ce qui permettra d'encadrer en amont et en aval le procès criminel. De nos jours, en vertu des sixième et septième amendements, ainsi que de l'article III de la Constitution américaine, toute personne susceptible d'une peine d'emprisonnement de plus de 6 mois jouit du droit à être jugée par jury, alors que de nombreux États américains garantissent ce droit pour des peines de moindre importance²⁴⁶. Dans la célèbre affaire *Duncan v. Louisiana* en 1968²⁴⁷, le juge White, apportant sa pierre à la doctrine de l'incorporation (selon laquelle le *Bill of Rights* américain s'applique aux États fédérés), souligne que : « Because we believe that trial by jury in criminal cases is fundamental to the American scheme of justice, we hold that the Fourteenth Amendment guarantees a right of jury trial in all criminal cases which – were they to be tried in a federal court – would come with – in the Sixth Amendment's guarantee²⁴⁸ ».

²⁴⁵ A. HAMILTON et autres, préc., note 228, p. 562.

²⁴⁶ Sur la place du jury comme liberté fondamentale du citoyen américain, voir George ANASTAPLO, *The Constitutionalist: Notes on the First Amendment*, Dallas, Texas Southern Methodist University Press, 1971, p. 205-219.

²⁴⁷ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149 n° 14 (1968).

²⁴⁸ *Id.*, p. 149.

Si le jury apparaît dans la perspective américaine, comme the « very palladium of our liberties and of free governments²⁴⁹ », à la fin du XVIII^e siècle on constate un lent désamour de l'institution²⁵⁰, du fait d'une plus grande compétence des juges, d'un formalisme accru et de l'utilisation fréquente d'obligations constatées par un acte authentique. Si, comme l'affirment John A. Murley et Sean D. Sutton, « trial by jury retained its traditional function and scope based on past and present usage as fundamental to the American schema of justice²⁵¹ », l'action de la Cour suprême des États-Unis est perçue aujourd'hui parfois comme opposée idéologiquement au jury criminel²⁵², de même que le jury civil est parfois contesté²⁵³. Cette question figure en quelque sorte une perpétuation de la défiance entre juges²⁵⁴ et jurys susceptibles de « politisation » ou de perte d'influence, qui va trouver à s'exprimer également dans le contexte du Canada. Néanmoins, la dimension *de medietate linguae* est encore virulente dans les débats autour du jury contemporain, à travers la dimension communautaire et raciale, de nombreux auteurs faisant valoir, notamment dans le cas de certains crimes raciaux, qu'il serait nécessaire de garantir une représentativité communautaire ou raciale des jurys, sur la base de la procédure *de medietate linguae*.

C'est dans cette dynamique communautaire plutôt que raciale que la Conquête de la Nouvelle-France par l'Empire britannique amène une nouvelle perspective relativement à l'implantation coloniale des jurys. Dans la Province de Québec créée en 1763, le choix de l'implantation de

²⁴⁹ A. HAMILTON et autres, préc., note 228, p. 562.

²⁵⁰ David T. KONIG, *Law and Society in Puritan Massachusetts: Essex County 1629-1692*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979, p. 45-56; William E. NELSON, *Dispute and Conflict Resolution in Plymouth County, Massachusetts 1725-1825*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981, p. 162-165.

²⁵¹ *Id.*, p. 10.

²⁵² J.A. MURLEY et S.D. SUTTON, préc., note 57, p. 6-19.

²⁵³ Stanley E. SACKS, « Preservation of The Civil Jury System », (1965) 22-1 *Wash. and Lee Law Rev.* 76, 76-88.

²⁵⁴ Voir Joshua GETZLER et Paul BRAND, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquity to Modern Times*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 25-47.

jurys, de leur composition et de leur poids dans l'institutionnalisation d'un nouvel État est marqué par sa mixité. Durant une quarantaine d'années, les jurys se trouveront au cœur des débats doctrinaux, juridiques et politiques qui agitent la nouvelle colonie, dernier rempart de l'Empire britannique en Amérique du Nord après 1783.

III. L'implantation des jurys dans la Province de Québec : le jury *de medietate linguae* comme *deus ex machina* de la Conquête et de l'accommodement culturel

Après la Conquête et la mise en place du régime civil par la Proclamation royale de 1763, la possibilité de faire trancher les procès de droit privé et de droit criminel au moyen de jurés est accordée aux parties par l'ordonnance du 17 septembre 1764. En effet, celle-ci précise que les procès peuvent être décidés par jury « si l'une ou l'autre partie le demande²⁵⁵ ». Donald Fyson démontre que les francophones n'hésitent pas alors à utiliser les institutions britanniques provinciales et locales (particulièrement les jurys d'accusation et de jugement) et participent dans leurs paroisses, de 1764 à 1775, à l'élection de candidats aux postes de baillis, le gouvernement procédant ensuite à la sélection finale. Cette situation a certainement contribué à faire échouer les tentatives d'assimilation forcée des autorités britanniques²⁵⁶. Selon l'ordonnance de 1777, pour établir la preuve des faits, « en matière commerciale, l'on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile dans la province de Québec, aux règles

²⁵⁵ *Ordonnance établissant des cours civiles (17 septembre 1764)*, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, publié dans Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, Ottawa, T. MULVEY, Ottawa, 1921, 2 vol., vol. 1 (ci-après « DCI »), p. 181. Par conséquent, il semble en résulter que la demande d'une partie de convoquer des jurés doit être systématiquement accordée, même en cas d'opposition de la partie adverse.

²⁵⁶ Charles-Philippe COURTOIS (dir.), *La Conquête, une anthologie*, Montréal, Typo, 2009, p. 446; Donald FYSON, « The Canadiens and British Institutions of Local Governance in Quebec, from the Conquest to the Rebellions », dans Nancy CHRISTIE (dir.), *Transatlantic Subjects: Ideas, Institutions and Identities in Post-Revolutionary British North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008, p. 45-82.

régissant la preuve prescrite par les lois anglaises²⁵⁷ ». L'article 10 de l'ordonnance de 1785 instituant les procès par jury en matière civile précise aussi que, « dans la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile en cette Province, aux formes admises, quant aux témoignages dans les loix anglaises²⁵⁸ ». Tandis que l'Acte de Québec ne prévoit pas le maintien du jury, les causes commerciales et les demandes résultant de lésions corporelles peuvent faire l'objet d'une procédure devant un jury à compter de l'ordonnance de 1785²⁵⁹, où l'on précise ceci :

[T]ous et chaque particulier, qui auront des procès dans aucune des Cours des Plaidoyers communs fondés sur dettes, promesses, engagements et conventions, concernant le commerce seulement, entre négociants et négociants et entre marchands et marchands réputés et connus comme tels, suivant la loi, et aussi, concernant les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, pourront à l'option et choix de l'une des parties, avoir et obtenir qu'elles seront plaidées devant un corps de jurés pour avoir un verdict, tant pour déterminer le fait qui doit être établi, dans telles actions de commerce, que pour constater les dommages dans celles d'injures personnelles [atteinte au droit]²⁶⁰.

Dans cette perspective, nous nous sommes essentiellement concentré sur les débats et le fonctionnement des petits jurys en matière civile, puisque les jurys criminels et les grands jurys ont fait l'objet récemment d'excellentes études de grande ampleur²⁶¹. Institué notamment sous la

²⁵⁷ *Ordonnance pour régler la procédure dans les cours de judicature civile de la province de Québec*, 17 Geo. III, c. 2, art. 7 (1777).

²⁵⁸ DCI, préc., note 256, p. 768.

²⁵⁹ *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicature, et qui établit les procès par jurés dans les affaires de commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, en la Province de Québec*, 25 Geo. III, c. 2 (1785), DCI, préc., note 256, p. 765.

²⁶⁰ *Id.*, p. 768, art. IX.

²⁶¹ Outre l'article de Donald FYSON, préc., note 45, p. 90-104, voir notamment Nancy KAY PARKER, *Reaching a Verdict: The Changing Structure of Decision Making in the Canadian Criminal Courts, 1867-1905*, thèse de doctorat, York,

forme du jury *de medietate linguae* en raison du contexte démographique de la nouvelle colonie (partie A), la notion de jury donne lieu à d'intenses débats dans le territoire et en métropole, essentiellement autour de la procédure et de la représentativité de l'institution, envisagée comme l'un des principaux acquis de la « citoyenneté » des sujets de Sa Majesté (partie B).

- A) Le jury, « droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir²⁶² »... en contexte colonial

Dans un texte paru en 2009, Philip Girard souligne ce qui suit :

As the new rulers wished to treat Canada as a British colony, liberty was to be granted to its subjects. Liberty for England, at that time, connoted three things: representative institutions, British law and justice, and freedom of conscience that meant the exclusion of all Roman Catholics from political offices. The Canadians having inherited a long tradition of laws, customs, religion and language that were the absolute opposite of England's, were neither willing nor ready to change their ways²⁶³.

Devant des juges entièrement britanniques, qui maîtrisent mal la langue et la culture juridique française, le recours au jury composé partiellement de francophones pour les Canadiens français peut s'avérer rassurant. Avant l'Acte de Québec, le recours au jury dans des causes opposant des parties canadiennes, le plus souvent pour déterminer des

York University, 1999; F. MURRAY GREENWOOD et Barry WRIGHT (dir.), *Canadian State Trials: Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1997; Jim PHILLIPS, « Halifax Juries in the Eighteenth Century », dans Greg T. SMITH et autres (dir.), *Criminal Justice in the Old World and the New*, Toronto, Centre for Criminology, University of Toronto, 1998, p. 135-182.

²⁶² *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 732.

²⁶³ Philip GIRARD, « Liberty, Order, and Pluralism: The Canadian Experience », dans Jack P. GREENE (dir.), *Exclusionary Empire: English Liberty Overseas, 1600-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 160-190.

partages de dettes et fixer des dommages-intérêts, est courant²⁶⁴. Comme le font remarquer les auteurs de l'ouvrage *A History of Law in Canada*, publié en 2019, c'est très naturellement que s'implante la vieille institution de common law du jury, et plus particulièrement le jury *de medietate linguae*, qui constitue l'une des innovations idoines pour le contexte de la nouvelle colonie britannique²⁶⁵. Ce type de jury devient dès lors si commun qu'il constitue quasiment une forme de droit coutumier de la province naissante²⁶⁶. La plupart du temps, lorsque le défendeur est absent de la province et n'est pas représenté, la partie demanderesse obtient systématiquement gain de cause. Fort logiquement, le recours à un jury se révèle encore plus fréquent lorsque l'une des parties est d'origine britannique²⁶⁷. Il arrive aussi que la convocation d'un jury s'avère une procédure intéressante dans des circonstances délicates. Ainsi, une affaire dans laquelle le demandeur est le beau-père de John Fraser, l'un des juges de la Cour des plaidoyers communs, sera finalement renvoyée devant des jurés²⁶⁸.

Dans le domaine pénal, les grands jurys sont chargés d'examiner les preuves à charge avant le procès, tandis que les petits jurys ont pour mission de déterminer la culpabilité de l'accusé²⁶⁹. Une étude récente montre que sociologiquement les critères pour appartenir au jury ont peu évolué²⁷⁰ : la propriété et le sexe priment toujours. Toutefois, « les critères

²⁶⁴ Voir par exemple : BAnQ-Mtl, TL275, S4, mardi 3 juillet 1770 : *Françoise Danis Vve Lefebvre c. Louis Delaunay et Françoise Fortier*; BAnQ-Mtl TL275, S4, mardi 11 septembre 1770 et mardi 18 septembre 1770 : *Prud'homme père, comme héritier de Prud'homme son fils, c. Daniel Joncaire de Chabert*.

²⁶⁵ Philip GIRARD, Jim PHILIPS et R. Blacke BROWN, *A History of Law in Canada: Beginnings to 1866*, Toronto, Toronto University Press, Osgoode Law Society, 2019, p. 222.

²⁶⁶ *Id.*, p. 301.

²⁶⁷ Voir A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 260 et suiv.

²⁶⁸ BAnQ-Mtl, TP5, S2, 21 et 25 février 1767 : *Joseph Fleury Dechambault c. Madame de Beaujeu*. En l'espèce, la Cour, en confirmant le verdict rendu par les jurés « pour être exécuté selon sa forme et teneur », prend soin de préciser qu'il appartient encore « au demandeur à se pourvoir contre qui il appartiendra ».

²⁶⁹ D. FYSON, préc., note 45, p. 86.

²⁷⁰ *Id.*, p. 90-96.

de £10 de propriété ou £15 de loyer sont certainement plus restrictifs que les critères pour être électeur à partir de 1791. Fixé à £2 de propriété dans les districts ruraux et £5 de propriété ou £10 de loyer dans les villes, le cens électoral fait appel à un électorat constitué de la très grande majorité des propriétaires ruraux et de la majorité des chefs de ménage urbains²⁷¹ ». Au Québec, l'ordonnance de 1764 ne prescrit aucune exigence au regard de la capacité de devenir jurés, pas plus que les modifications ultérieures. Ce ne sera qu'en 1785 que l'article 15 de l'ordonnance de 1785 établira « que tous négociants ou marchands majeurs, et aussi tous majeurs qui tiendront maison ou appartement de la valeur de 15 livres courant de rente par an, seront censés légalement capables d'être jurés et serviront comme petits jurés²⁷² ». Selon Decroix, Gilles et Morin²⁷³, ce n'est pas le cas au Québec, où les règles de sélection anglaises ne sont pas appliquées intégralement²⁷⁴. À partir de ces listes, et au fur et à mesure que les causes

²⁷¹ *Id.*, p. 92.

²⁷² *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 770. Dans les fonds, il est possible de consulter plusieurs listes de jurés protestants pour Montréal, constituées le 26 septembre 1765, parmi lesquelles figurent les noms de 29 protestants qualifiés pour servir de grands jurés dans le district de Montréal (B.A.C., GG4 A1, 5417-5419) et de 21 protestants qualifiés pour composer les petits jurys à Montréal. On y trouve également « The Quebec Grand Jurys List of British Subjects Supposed to Be in the District of Montreal », qui comprend 110 noms : B.A.C., RG1 E1, vol. B (31 mai 1765-28 décembre 1767), fol. 72-73; ainsi qu'une liste pour 1785 : B.A.C., RG4 A1, 9000-9007.

²⁷³ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 256.

²⁷⁴ *Id.*, p. 254, où l'on peut lire ceci :

Dans les fonds de la Cour des Plaidoyers communs de Québec, il nous a, par exemple, été possible de trouver une feuille volante, qui mentionne les noms de 24 individus constituant un panel de jurés. En face de 12 de ces noms, un chiffre allant de 1 à 12 indique les personnes qui ont été retenues pour faire effectivement partie du jury, dans B.A.N.Q.-Q., TL15, P1114 : *Thomas Venture vs. John Woolsey*, 23 avril 1771 [...] En l'occurrence, il est possible d'observer que les jurés choisis semblent d'origine tant britannique que française (sans toutefois représenter une proportion égale), alors qu'il eût paru possible, au regard des noms des parties, de ne désigner que des anglophones.

sont entendues, douze personnes sont désignées²⁷⁵. Elles doivent alors prêter serment, à moins qu'elles ne se trouvent préalablement récusées²⁷⁶. Les critères de choix de ces douze hommes jurés restent aujourd'hui encore mal connus²⁷⁷. Pour une période plus tardive, au début du XIX^e siècle, Fyson indique une sous-représentation des jurés ruraux, qui existe également pour le XIX^e siècle, la plupart des « jurés ruraux étant en outre jugés trop ignorants pour servir comme jurés²⁷⁸ » et les contraintes administratives modifiant mécaniquement la représentativité des jurés. Dans la Province de Québec, où la démographie est favorable aux francophones, le jury *de medietate linguae* trouve naturellement à s'appliquer. Ainsi, l'ordonnance du 1^{er} juillet 1766, dont l'objet est de rendre l'administration de la justice « plus uniforme et plus impartiale », porte sur trois situations possibles :

1. Si le litige concerne seulement des « sujets-nés britanniques », seuls ces derniers composent le jury;
2. Il en est de même pour les litiges opposant des Canadiens français, où seuls ces derniers siègent;
3. Enfin « dans toute cause ou action entre sujets-nés britanniques et Canadiens, le jury devra se composer d'un nombre égal de chaque nationalité si l'une ou l'autre partie en fait la demande »²⁷⁹.

²⁷⁵ « Suivant la procédure dictée pour les jurys dans les causes civiles, les shérifs du district de Montréal, comme ceux des autres districts, créent des listes de chefs de ménage, à partir desquelles ils sélectionnent les jurés criminels » : D. FYSON, préc., note 45, p. 94.

²⁷⁶ Malgré l'existence de ce serment, l'ordonnance du 1^{er} juillet 1766 a clairement et définitivement établi que les habitants d'origine française peuvent être jurés devant toutes les cours de la Province de Québec.

²⁷⁷ T. A. GREEN, *Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800*, préc., note 3, p. 310; J.H. LANGBEIN, préc., note 90.

²⁷⁸ D. FYSON, préc., note 45, p. 94.

²⁷⁹ *Ordonnance pour modifier et amender une ordonnance de Son Excellence le gouverneur et du Conseil de Sa Majesté de cette province, rendue le dix-septième jour de septembre 1764, 1^{er} juillet 1766*, DCI, préc., note 256, p. 220. Il a été possible d'observer, parmi les affaires examinées par la Cour des plaidoyers communs, que des jurys sont souvent convoqués lorsque les litiges

L'article 9 de l'ordonnance de 1785 reprendra ce principe²⁸⁰. Les parties sont donc à la manœuvre et se trouvent à demander la composition mixte du jury. Comme le précise Decroix, il existe de nombreuses situations, devant les juridictions de common law mises en place dans la Province de Québec, où les jurys sont mixtes, selon la procédure *de medietate linguae*²⁸¹. Par exemple, le litige qui oppose en 1788 Richard Dobie à Maurice Blondeau est renvoyé devant des jurés mixtes, ce qui laisse supposer que les parties sont anglophone et francophone²⁸². On constate que les Britanniques ont davantage recours à la procédure du jury qui leur est plus familière. Ainsi, lorsque les deux parties au litige sont d'origine anglaise, leur différend est très souvent réglé au moyen d'une convocation de jurés, notamment devant la Cour des plaidoyers communs de Québec, où les marchands anglais forment une communauté importante²⁸³. Le recours aux jurys est encore davantage accentué au début des années 1770, après l'abolition de la compétence des juges de paix en matière civile²⁸⁴.

Dans le contexte colonial de la Province de Québec, on s'écarte de l'unanimité du jury, l'ordonnance de 1785 prévoyant que l'accord de neuf des douze jurés vaudra unanimité en matière civile²⁸⁵. Comme le relèvent Decroix, Gilles et Morin, dans le contexte de la Province de Québec, et en

sont mixtes, c'est-à-dire quand ils opposent, pour moitié, parties d'origines française et britannique.

²⁸⁰ *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 768.

²⁸¹ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 271.

²⁸² *Id.*, p. 271: la composition mixte du jury (George Haufil, Étienne Fournier, Isaac Todd, Jean-Baptiste Ademard, Robert Fruckshauk, Nicolas Berthelet, Simon McTavish, Jean-Baptiste Durocher, James Turner l'ainé, Louis Laville, Laurent Ermatinger et Étienne Dumeynier) accrédite l'idée d'une mise en présence de parties francophone et anglophone.

²⁸³ *Id.*, p. 291 et suiv.

²⁸⁴ *Id.*

²⁸⁵ « Pourvu toujours que l'opinion de neuf des douze jurés qui en composeront le corps, soit suffisante pour faire le rapport d'un verdict, et que le dit verdict, ainsi fait et rapporté, sera tenu comme légal et effectif, à toutes fins et à tous égards, comme si les douze jurés avaient été unanimes en opinion »: *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 768.

matière de droit privé, le recours au jury concerne « essentiellement les matières commerciales qu'il s'agisse d'une créance, d'une livraison de blé ou du paiement d'un billet à ordre. Lorsqu'un renvoi au jury a lieu, la Cour des Plaidoyers communs se contente alors, dans la plupart des cas, de confirmer la sentence rendue par le jury, qui se compose habituellement de "notables" et de commerçants²⁸⁶ ».

Selon l'ordonnance du 17 septembre 1764, il est en principe impossible de refuser le recours à un jury après une décision arbitrale. Cette ordonnance établit que tous les procès, instruits devant la Cour des plaidoyers communs, peuvent être décidés au moyen de jurés, « si l'une ou l'autre partie le demande²⁸⁷ ». La possibilité de réclamer un procès devant jury et la composition variable de celui-ci, en fonction de l'origine nationale des parties, permettent donc aux anciens sujets britanniques de continuer à utiliser une institution qui leur est familière et leur inspire confiance. La constitution de jurys spéciaux leur garantit également que les membres de ceux-ci feront partie d'une catégorie socioprofessionnelle supérieure, qui comprend généralement les commerçants. Les nouveaux sujets de Sa Majesté se familiarisent avec cette institution nouvelle, sans doute dans le contexte initial de procès mixtes. Ces derniers ont recours, ainsi que l'indiquent Hilda Neatby et plusieurs auteurs²⁸⁸, à l'arbitrage comme « a kind of French substitute for the English jury²⁸⁹ ». Decroix, Gilles et Morin ont caractérisé toute la réalité du recours à l'arbitrage, tant de la part des nouveaux sujets que, dans une moindre mesure, des anciens sujets, mais il aurait été nécessaire de développer notre étude sur une période plus longue afin d'établir le rapport des communautés au regard

²⁸⁶ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 324.

²⁸⁷ *Ordonnance établissant des cours civiles, 17 septembre 1764*, DCI, préc., note 256, p. 181.

²⁸⁸ Jean-Philippe GARNEAU, « *Une masquerade de jurisprudence française? Droit civil et pratique judiciaire dans la province de Québec à la fin du XVIII^e siècle* », dans Benoît GARNOT (dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires du Moyen Âge à l'époque moderne*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2007, p. 431-440, à la page 434.

²⁸⁹ Hilda NEATBY, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1937, p. 112 et 210.

de la procédure du jury *de medietate linguae*. Toutefois, l'Acte de Québec met fin au recours au jury en matière civile le 1^{er} mai 1775, ce qui rend impossible cette étude dans une perspective continue. La pratique sera toutefois réintroduite de manière éphémère après maints débats en 1785. Au XIX^e siècle, la *Common Law Procedure Act* de 1854 donnera aux parties en matière civile la possibilité de choisir le jugement par jury même si, durant le reste du siècle, la proportion des plaideurs ayant recours à ce type de procédure déclinera régulièrement²⁹⁰. Si sa nature mixte s'affirme après la Conquête, le jury perd, avec l'arrivée des loyalistes, une croissance économique et une certaine urbanisation, sa capacité contestataire et sa pleine représentativité. Il est l'objet d'un embourgeoisement et d'une institutionnalisation qui diminuent sa puissance politique du XVIII^e siècle. Durant la première moitié du XIX^e siècle, Fyson relève fort judicieusement que les grands jurés ainsi sélectionnés font partie de la classe la plus aisée de la population, la valeur de leurs propriétés s'élevant à 80 livres pour les jurés criminels et à 60 livres pour les jurés civils en 1813²⁹¹. Le shérif déclarant, en 1817, que les membres du grand jury doivent être « men of the first distinction in the county²⁹² », la moitié des grands jurés ruraux jouent également le rôle de juges de paix.

²⁹⁰ En 1861, l'article 18 du chapitre 82 des statuts refondus reproduit la loi de 1858 et deviendra la source de l'article 2260.5 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.). La même année, la loi canadienne de 1845 reprenant la *Lord Tenterden's Act* devient le chapitre 67 des Statuts refondus de 1861 (10 & 11 Vict., c. 11, S.R.C. 1861, c. 67) et constituera le fondement de l'article 1235 C.c.B.C. aboli lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991. « Art. 1235. Dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède 1 000 \$, aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans les cas suivants : [...] 4. De tout contrat pour la vente d'effets, à moins que l'acheteur n'en ait accepté ou reçu une partie ou n'ait donné des arrhes » : *Code civil du Bas Canada*, Ottawa, Malcolm Cameron, 1866.

²⁹¹ D. FYSON, préc., note 45, p. 98.

²⁹² JCABC 26 (1817), appendice K, cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 98.

B) Les débats autour de l'affirmation et de la critique d'un outil de justice populaire et identitaire

Après la Conquête, la population de la Province de Québec et les acteurs de l'administration coloniale se trouvent devant un choix qui apparaît cornélien et politique²⁹³ : l'introduction du jury en matière civile et l'influence de cette pratique sur la procédure judiciaire dépassent largement le cadre procédural et englobent même l'identité culturelle et la défense des droits²⁹⁴. Nécessairement, comme le souligne Fyson fort justement, la question de la représentativité est immédiatement au cœur des discussions, revendiquée de part et d'autre du jury, chacune des communautés ne pouvant imaginer que l'autre estime être représentative : « Nous ne pouvons [...] concevoir comment un petit nombre d'habitants, dont quelques-uns ne font qu'arriver, puissent avoir assez d'influence, d'intérêt ou de connaissance dans la Province, pour se regarder eux-mêmes, ou pour être regardés par d'autres, comme les représentants d'icelle²⁹⁵ ». En octobre 1764, quelques semaines à peine après l'inauguration de l'administration civile britannique en octobre 1764, le grand jury des sessions trimestrielles de la paix de Québec fait sa première intervention politique et juridique (*presentment*) en établissant une liste des réformes de l'administration coloniale. Les grands jurés affirment que, « le grand jury étant la seule institution représentative dans la colonie, ses membres devraient être consultés sur toute loi et recevoir la reddition des comptes publics. En d'autres termes, le grand jury se

²⁹³ Voir Sylvio NORMAND, « La publication de procès et la constitution d'une opinion publique au Québec / Bas-Canada », (2011) 42 *Revue de droit d'Ottawa* 1-27.

²⁹⁴ Voir : Alfred LeRoy BURT, *The Old Province of Quebec*, Toronto, McClelland and Stewart, 1968, vol. I, p. 99-100; André MOREL, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », (2016) 13 *Revue Juridique Thémis* 449, 459-460 et 483-484.

²⁹⁵ Voir *Représentation des jurés, réponse des magistrats et réplique des jurés britanniques, publiées dans deux brochures anonymes*, en particulier les numéros 41562 (en anglais) et 50683 (en français) de la collection de l'Institut canadien de microreproductions historiques cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 87, à la note 6.

propose de prendre la place de l'Assemblée promise, mais restée lettre morte²⁹⁶ ».

Ce sont les membres anglophones du grand jury qui ouvrent le bal : ils se plaignent du « grand nombre » de cours inférieures mais surtout du fait, paradoxalement, qu'ils sont submergés de demandes de participation aux jurys; toutefois, ils refusent que les francophones siègent, comme catholiques, au sein des jurys. Aux yeux des membres anglophones, l'admission de jurés catholiques « constitue une violation manifeste [des] lois et [des] libertés les plus sacrées », même s'ils précisent par la suite avoir contesté uniquement l'idée que ces individus seraient éventuellement autorisés à juger des litiges opposant des protestants²⁹⁷. Pour leur part, les jurés francophones remercient le gouverneur d'avoir reconnu « la nécessité d'établir une juridiction où les Nouveaux Sujets puissent trouver un asile pour y être jugés, de français à français suivant les usages anciens et dans leur langue²⁹⁸ ». Ils considèrent que les jurés anglais, par leurs revendications, cherchent « à changer tout de suite l'ordre de la Justice et son administration », ces derniers souhaitant « faire discuter [les] droits de famille [des francophones] en langues étrangères, et par là, [les] priver des personnes éclairées dans [leurs] coutumes, qui peuvent [les] entendre, [les] accommoder et rendre justice à peu de frais en faisant leurs efforts pour les empêcher même de conseiller leurs patriotes pour la différence de religion²⁹⁹ ». Au regard de la contribution de la doctrine et de l'administration, Francis Masères, procureur général de la Province de Québec, rédige un rapport adressé au comte d'Hillsborough pour le compte du gouverneur Guy, texte qui restera à l'état de brouillon³⁰⁰, et engage les hostilités sur ce point en traitant non

²⁹⁶ D. FYSON, préc., note 45, p. 87.

²⁹⁷ « Représentation du jury d'accusation de Québec » (1764), DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 187 et p. 191-192.

²⁹⁸ « Protestations des jurés français au sujet des représentations susmentionnées », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 191.

²⁹⁹ *Id.*, p. 198.

³⁰⁰ Francis MASÈRES, « Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le Conseil de la province de Québec pour être présenté à sa très excellente Majesté le Roi en son Conseil, au sujet des lois et de l'administration

seulement de la formation des juges et des avocats, mais aussi de la langue employée et des connaissances nécessaires pour agir dans ce système judiciaire en formation. Selon lui, lorsque le défendeur comparait, il doit d'abord produire une réponse écrite en français ou anglais :

[L]e juge interrogera ensuite lui-même les parties sur les faits à l'égard desquels lesdites parties sembleront ne pas s'entendre [...] Après s'être rendu compte des faits importants pour la décision de la cause, à l'égard desquels les parties ne pourront s'entendre, il devra lui-même exposer ces faits par écrit [...] puis demander aux parties si l'une d'elles ou toutes les deux désirent qu'il ait recours à un jury pour s'enquérir de l'exactitude de ces faits ou qu'il examine lui-même les témoins et les autres preuves³⁰¹.

Masères souhaite constituer des listes de 48 personnes pour former des jurys, en reprenant la logique de la métropole en matière de nomination³⁰². Relativement critique à l'égard du fonctionnement du jury et de la règle de l'unanimité, il relève toutefois qu'une minorité agissante peut faire basculer une décision :

La majorité des jurés ainsi choisis devraient avoir le droit de rendre le verdict; la règle actuelle qui requiert pour cela que les

de la justice de cette province », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 334. N'ayant pas satisfait Guy Carleton, ce rapport ne sera pas envoyé par ce dernier. Un autre rapport sera rédigé et adressé au secrétaire d'État de Sa Majesté pour l'Amérique. Figure à sa suite, dans les documents constitutionnels publiés en 1921, la « Critique du rapport du Gouverneur Carleton sur les lois de la Province par le Procureur Général Masères », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 350 et suiv.

³⁰¹

Id., p. 336.

³⁰²

Id. :

Ces jurés devront être nommés autant que possible de la même façon que les jurés spéciaux en Angleterre, savoir : le fonctionnaire de la cour qui aura signifié l'assignation, devra fournir à ladite cour une liste comprenant quatre fois le nombre de personnes autorisées à remplir la charge de jurés et requises pour constituer un jury, c'est-à-dire que si un jury doit se composer de douze personnes, la liste devra renfermer les noms de 48 personnes autorisées à exercer cette charge.

jurés soient d'un avis absolument unanime est évidemment absurde et contraire à la nature; entre autres mauvais effets qui en résultent, il en est un très sérieux qui consiste dans le parjure dont quelques jurés se rendent coupables dans une cause sur trois ou quatre qu'ils sont appelés à juger. En effet, on constate au moins une fois sur trois ou quatre une réelle divergence d'opinion entre les jurés et quelques-uns adoptent l'avis des autres contre leur propre jugement et contrairement à leur serment de rendre un verdict conforme aux témoignages, ce qui équivaut, à notre sens, à rendre un verdict d'après leur manière d'apprécier ces témoignages. Il est aussi arrivé quelques fois que la petite minorité des jurés, par sa ténacité, a fini par avoir raison de la grande majorité³⁰³.

L'absence de la tradition du jury au sein de la population canadienne-française pose des difficultés aux juristes britanniques. En vue de pallier le manque d'enthousiasme des Canadiens français à l'idée d'assurer leurs fonctions de juré, il est alors nécessaire, selon James Marriott, d'assurer une mixité des jurys et une rémunération des jurés :

La réponse à la plainte sera rédigée en français ou en anglais et devra être ajoutée au dossier; le juge pourra interroger lui-même les parties, afin de décider s'il sera nécessaire d'entendre d'autres témoignages; si le juge décide qu'il est nécessaire d'entendre d'autres témoignages et que le procès doit avoir lieu, celle des parties qui demandera un jury devra payer les frais requis à cette fin et si les deux parties en ont fait la demande, elles seront de parts égales dans les frais. Si le litige a lieu entre un sujet originaire d'Angleterre et un Canadien, le jury devra être mixte si l'une ou l'autre des parties la demande et chaque membre du jury devra recevoir cinq schellings car l'on rapporte, et cette information provient de bonne source, que les Canadiens se plaignent de l'obligation de remplir la charge de juré dans les procès civils; cette tâche est pour eux un fardeau et les détourne de leurs occupations. Bien qu'ils aiment assez à être jugés par

³⁰³*Id.*, p. 337.

des jurés, ils n'aiment pas à remplir les fonctions de jurés sans rémunération³⁰⁴.

Après l'Acte de Québec, le procès par jury devient l'emblème, tout comme la demande du *writ d'habeas corpus*, de la revendication des colons britanniques dans la colonie, et notamment des colons loyalistes venant des treize colonies. *A contrario*, certains nobles canadiens-français répugnent toujours à être jugés par des commerçants britanniques. Ainsi, Edward Thurlow écrit : « Je viens d'être informé qu'un gentilhomme canadien estime qu'il se trouverait dégradé et traité plus durement par le fait de s'en rapporter au jugement de ses commerçants à l'égard de sa vie et de sa sûreté corporelle que d'être mis à la question et torturé par l'autorité du roi³⁰⁵ ». Les britanniques signent dès novembre 1774 une pétition demandant l'abrogation du texte, essentiellement pour des raisons religieuses³⁰⁶, commerciales et pénales : « les lois du Canada [...] nous sont complètement étrangères, nous inspirent de la répulsion comme Anglais et signifient la ruine de nos propriétés en nous enlevant le privilège du procès devant jury³⁰⁷ ». Clamant leur surprise et leur répugnance à appliquer l'Acte de Québec, les marchands britanniques demandent son abrogation pure et simple, et le retour au procès par jury en matière de droit privé :

En effet, ils se sont vus soudainement privés du procès par jury, cet inestimable privilège de la constitution anglaise qui constitue

³⁰⁴

Id.

³⁰⁵

Edward THURLLOW, « Rapport du procureur Edward Thurlow, 22 janvier 1773 », DCI, préc., note 256, p. 422-423.

³⁰⁶

À la suite de ces plaintes, des instructions confidentielles sont adressées au nouveau gouverneur en janvier 1775, dans lesquelles on prévoit des dérogations aux principes proclamés l'année précédente, dont la mise en tutelle du clergé catholique par le gouverneur : « Instructions au Gouverneur Carleton », art. 20-21, DCI, préc., note 256, p. 578.

³⁰⁷

Ils demandent essentiellement la disparition de l'*habeas corpus* en matière criminelle, ainsi que le pouvoir du Conseil d'imposer des amendes et des peines d'emprisonnement : « Pétitions pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec » : DCI, préc., note 256, p. 571, ainsi que « Pétition aux Lords » (p. 574) et « Pétition aux Communes » (p. 575).

un rempart contre l'injustice et l'oppression; et en même temps, des avantages des lois commerciales d'Angleterre si sagement élaborées pour donner de l'impulsion au commerce et à l'industrie et si généralement connues et comprises. D'autre part, ils se sont trouvés dans l'obligation d'avoir recours aux lois du Canada qui sont à peine, sinon du tout comprises par qui que ce soit dans la province et qui consistent principalement en des injonctions de circonstance émanées de temps à autres des gouverneurs français³⁰⁸.

Nommé en 1775 au Conseil législatif, Hugh Finlay³⁰⁹ – diligent avocat des intérêts des marchands britanniques – s'oppose à de nombreuses mesures formulées dans l'Acte de Québec. Il plaide « en faveur de l'introduction du jugement par jury dans certains types de causes » mais, devant l'opposition de la majorité du Conseil, ainsi que de celle du gouverneur Carleton, il renonce à cette proposition pour la durée de la guerre. Dans une lettre à Evan Nepean, sous-secrétaire d'État au Home

³⁰⁸ « Pétition des marchands pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 682.

³⁰⁹ Arrivé à Québec en 1763, Finlay va jouer un grand rôle comme administrateur, notamment dans la mise en place d'une administration postale à l'échelle de la colonie. Désigné en octobre 1764 juge de paix pour le district de Québec, il sera nommé le 25 septembre 1765 au Conseil de Québec. Voici ce qu'en dit Ian K. STEELE, « Hugh Finlay », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 5, Toronto, University of Toronto Press et Québec, Les Presses de l'université de Laval, 1983, p. 154-156 :

Finlay se fit rapidement l'avocat de la communauté des marchands britanniques, qui s'opposait souvent au gouverneur, et il appuya de façon particulièrement véhémement la demande de ce groupe visant à appliquer le droit anglais dans la colonie [...] Pendant la session de 1784, ce fut l'un des partisans les plus en vue de Hamilton. Ils obtinrent la réintroduction de l'*habeas corpus* dans le système judiciaire de la province, lequel était suspendu depuis 1774. [Finlay, un des rares membres du conseil] assez consciencieux pour étudier le droit, [rejetait la coutume] qu'adoptaient la plupart des conseillers de prononcer un jugement selon l'équité. Il voulait limiter le nombre des membres au sein des cours aux conseillers qui étaient bilingues et prêts à siéger régulièrement.

Office³¹⁰, datée du 22 octobre 1784, Finlay se fait le zéléateur actif de la mise en place du jury anglais dans la colonie, en matière de droit civil³¹¹. Le 18 août 1785, il demande au Conseil législatif, par l'entremise d'une lettre parue dans *La Gazette de Québec*, que soient établis le jugement par jury dans certaines causes civiles, « l'introduction du droit de commerce anglais et de la théorie anglaise des preuves dans les actions en dommages-intérêts ainsi que l'inscription dans les dossiers judiciaires de l'allocution du juge aux jurés ». Toutefois, le French Party dirigé par Adam Mabane ne permet que le recours limité au jugement par jury :

Le Conseil législatif a maintes fois refusé d'instituer des jurys dans les causes civiles. Il n'y a pas, dit le peuple, de juge sur le banc capable de décider en matière commerciale aussi bien qu'un jury composé de marchands, de même est-il absolument impossible que le sujet obtienne justice de juges non versés dans la connaissance des lois sous ce système anti-commercial et mal interprété de la coutume de Paris, sans l'intervention des jurés. Le jury est un droit de naissance du citoyen anglais. Pourquoi refusez-vous des jurys facultatifs? demande un ancien sujet. – Parce que, répondent les juges, ils sont trop onéreux pour le peuple. – *Non, réplique l'anglais, les jurys ne sont pas à charge là où les cours siègent en sessions régulières; mais ici vous avez des sessions hebdomadaires aussi désavantageuses que préjudiciables, puisque, par leur fréquence, elles tendent à priver les sujets d'un procès par jury, droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir* et que Sa Majesté, dans la 13^e instruction, a fortement recommandé³¹².

Ainsi, les anciens sujets de sa Majesté et les marchands britanniques, dont Finlay se veut le porte-parole, considèrent que le système

³¹⁰ Baronnet et membre du Conseil privé du Royaume-Uni en 1804, Evan Nepean mènera une carrière honorable au sein de l'administration coloniale de Georges III et terminera sa carrière comme gouverneur de Bombay : voir Alan ATKINSON, « Beating the Bounds with Lord Sydney, Evan Nepean and others », (1992) 25-99 *Australian Historical Studies* p. 217-219.

³¹¹ « Lettre de Hugh Finlay à Nepean, 22 octobre 1784 », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 729.

³¹² *Id.*, p. 732 (l'italique est de nous).

établi dans la Province de Québec souffre d'une trop grande influence des juges qui ont montré une réticence à introduire les jurys, y voyant vraisemblablement une perte de leurs pouvoirs et souhaitant une institution qui transposerait la balance du pouvoir des juges vers les notables :

Mais les juges, qui ont eu beaucoup d'influence auprès des gouverneurs, ont réussi à nous empêcher d'avoir des jurys dans les cours civiles, car on considère ceux-ci comme un frein pernicieux au pouvoir judiciaire. On a fait observer que les hommes ne désirent pas plus de pouvoirs que leur en donne la loi à moins de vouloir s'en servir. L'absence de jurys pourrait être vivement ressentie dans les procès pour dommages intérêts³¹³.

Le recours au procès par jury dans les causes civiles trouvera un nouvel opposant farouche dans la personne du gouverneur Frederick Haldimand. Il faudra attendre son remplacement par le lieutenant-gouverneur Henry Hamilton au printemps 1785 et l'adoption de l'ordonnance de 1785 pour voir le retour de cette procédure. Là encore, le clivage entre les anciens et les nouveaux sujets apparaît clairement. Les nouveaux sujets, les Canadiens français, adressent ainsi une réponse à la pétition de 1784, imprimée à 200 exemplaires par Fleury Mesplet³¹⁴, où ils abordent à nouveau la question du jury sous un angle économique cette fois-ci, ajoutant à la question identitaire une certaine revendication de classe. Ils jugent que la demande de réintroduction des jurys à la demande des parties en matière privée serait « entièrement en faveur du Riche, contre le Pauvre. Si ce sont des jurés ordinaires, pauvres que deviendront vos familles, lorsqu'il vous faudra laisser vos travaux, une partie de l'année, pour aller décider des causes qui ne vous regardent en rien³¹⁵ »?

³¹³ *Id.*

³¹⁴ Imprimeur et journaliste, Fleury Mesplet fera beaucoup pour le rayonnement culturel des Canadiens français au moment de la Conquête et de la guerre avec les États-Unis, notamment par la création de *La Gazette de Montréal* : voir Claude GALARNEAU, « Fleury Mesplet », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 4, préc., note 310, 1980, p. 575-577.

³¹⁵ « Objections à la pétition de novembre 1784 », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 746.

Ils font également une distinction entre le contexte métropolitain et le contexte colonial, où plus rares sont les sujets capables de siéger au sein des jurys :

Vous vous plaignez déjà d'être obligés de les interrompre [les travaux], lorsque vous êtes appelés pour les affaires criminelles, ce qui arrive six fois l'année. Que sera-ce donc, lorsque vous serez obligés d'assister à toutes les audiences? Quelqu'un dira peut-être que cela se fait à Londres, qu'en conséquence on le peut faire dans ce pays. Que ce quelqu'un compare le nombre de citoyens de Londres, se montant à trois cent mille hommes environ, avec douze cents, tout au plus, que vous êtes dans cette ville et ses faubourgs. Pour lors il verra que vous serez obligés de vous trouver 250 fois à l'audience, contre une fois que se trouve le citoyen de Londres. Jugez par là si vous avez d'autre métier à faire et que deviendront vos familles³¹⁶.

Les nouveaux sujets ajoutent, s'interrogeant à propos des jurys spéciaux, qu'à leurs yeux le jury introduirait une forme d'iniquité financière dans une cause opposant un nanti à un démuné :

Si ce sont des jurés spéciaux (en conséquence payés), quel est le pauvre qui pourra lutter contre un riche oppresseur, détenteur de son bien, qui, pour l'écraser, demandera des jurés (qu'on ne pourra lui refuser)? Ne sera-ce pas mettre le pauvre dans l'alternative d'abandonner sa cause, ou se voir totalement ruiner, s'il vient à succomber? On se plaint des frais qu'entraîne la Justice. Qui pourra y suffire lorsqu'il faudra y joindre la paie de douze jurés? N'est-ce pas fermer la porte du Sanctuaire de la Justice à l'indigent?³¹⁷

Malgré ces craintes exprimées avec véhémence, les autorités semblent s'orienter, dans une ébauche d'acte, vers le rétablissement du mode de procès par jury dans les affaires civiles, et ce, dans un souci d'équité et de meilleur fonctionnement de la justice, en décidant

³¹⁶ *Id.*, p. 746-747.

³¹⁷ *Id.*, p. 747.

néanmoins de rémunérer les jurés, ce qui a pour effet de restreindre cette procédure aux plus fortunés :

Et attendu qu'il y a tout lieu de croire que l'institution du procès par jury dans les causes civiles dans ladite province de Québec, quand l'une des parties en litige le demandera, comme cela s'y faisait depuis le mois de septembre de l'année de grâce mil sept cent soixante-quatre jusqu'au premier mai de l'an de grâce mil sept cent soixante-quinze, contribuerait grandement à l'administration équitable et impartiale de la justice dans ladite province; en conséquence, l'autorité susdite ordonne aussi que, à partir du premier jour de septembre de l'année de grâce actuellement en cours 1785, ladite méthode de procès par un jury de douze bons et honnêtes citoyens sera de nouveau établie dans toutes les actions civiles devant les cours de justice, toutes les fois que les deux plaideurs, ou l'un d'eux, le désireront, mais jamais autrement³¹⁸.

L'ordonnance du 21 avril 1785 instituant « les procès par jury dans les affaires commerciales et les injures personnelles devant être compensées en dommages-intérêts » cristallise ces orientations³¹⁹. Cette ordonnance doit demeurer en vigueur jusqu'à la fin de la session de 1787. Elle pose le cadre du recours aux preuves civiles et au jury. L'ordonnance de 1785³²⁰ introduit les parties du *Statute of Frauds* de 1677 relatif au droit commercial au Québec, à l'exception de certaines règles françaises

³¹⁸ « Ébauche d'un projet d'acte du parlement à l'effet de mieux assurer les libertés des sujets de sa majesté dans la province de Québec, Amérique du Nord », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 757 :

Et afin que les citoyens choisis pour servir en qualité de jurés remplissent ce devoir avec plus de satisfaction, chacun d'eux recevra, comme indemnité pour sa présence et le dérangement subi, la somme d'une demi piastre espagnole; ce montant leur sera payé immédiatement en cour, après qu'ils auront prononcé leur verdict, par la partie qui aura demandé cette forme de procès ou – si les deux parties l'ont désiré – par les deux plaideurs également.

³¹⁹ *Ordonnance instituant les procès par jury*, DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 765 et suiv.

³²⁰ 25 Georges III, ch. 2.

spécifiques en matière commerciale. Elle intègre, contre les débiteurs d'une dette supérieure à 10 livres sterling et qui souhaitent quitter la Province, le *capias ad respondendum*³²¹. Elle vise à organiser le recours au jury selon un spectre relativement large, des questions commerciales aux questions de dommages ou d'injures personnelles³²². Ce sont donc bien les jurés qui détiennent alors le pouvoir, la logique identitaire ou culturelle venant colorer de manière significative cette institution :

Pourvu toujours que l'opinion de neuf des douze jurés qui en composeront le corps soit suffisante pour faire le rapport d'un verdict, et que le dit verdict, ainsi fait et rapporté, sera tenu comme légal et effectif, à toutes fins et à tous égards, comme si les douze jurés avaient été unanimes en opinion. Et le greffier de la Cour écrira les noms des jurés sur le registre de la Cour dans chaque cause, où les verdicts pourront être rapportés, comme ci-dessus.

Pourvu aussi que dans tous tels procès ou actions, qui seront entre les sujets de Sa Majesté nés dans la Grande-Bretagne, Irlande ou colonies et Provinces en Amérique, les jurés, en tels cas, seront composés de sujets nés, comme il est dit ci-dessus; et que dans tous procès ou actions entre les Canadiens et nouveaux sujets de Sa Majesté, les jurés seront composés de tels Canadiens

³²¹ « Le débiteur incarcéré peut donner caution pour son élargissement et dans ce cas le demandeur a droit après jugement à un *capias ad satisfaciendum* qui a pour effet de libérer les cautions » : Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien, depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, A. Périard, 1889, vol. 2, p. 166.

³²² *Ordonnance instituant les procès par jury*, DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 768 : IX. Que tous et chaque particulier, qui auront des procès dans chacune des cours des plaidoyers communs fondées sur dettes, promesses, engagement et conventions, concernant le commerce seulement, entre négociants et négociants et entre marchands et marchands réputés et connus comme tels, suivant la loi, et aussi concernant les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, pourront à l'option et choix de l'une des parties, avoir et obtenir qu'elles seront plaidées devant un corps de jurés pour avoir un verdict, tant pour déterminer le fait qui doit être établi, dans telles actions de commerce, que pour constater les dommages dans celles d'injures personnelles.

et nouveaux sujets; et que dans tous procès et actions entre les Canadiens ou nouveaux sujets, les jurés seront composés d'un nombre égal de chacun, s'il en est requis par l'une des parties, dans aucun des cas ci-dessus mentionnés³²³.

L'introduction du jury en matière commerciale et pour les injures personnelles est donc à l'initiative des parties; si le montant réclamé excède 50 livres, neuf jurés peuvent rendre le verdict.

En matière criminelle, les échos les plus critiques envers le jury criminel proviennent de Charles de Lotbinière, seigneur canadien-français, qui, lors des débats sur l'Acte de Québec, stigmatise le recours au jury comme néfaste. Si, « [a]u reste, [il] ne voit aucun inconvénient à accorder ces jurés à ceux qui les préféreraient³²⁴ », il demande la possibilité de faire appel à douze juges professionnels, capables de connaître, de comprendre et d'appliquer des lois n'appartenant pas forcément à leur acquis culturel :

[I]l ne reste donc à citer à l'avantage du criminel anglais que de se voir condamner par douze jurés que l'on nomme ses paires. Pense-t-on que le Canadien, ou tout autre qui voudra se dépouiller des préjugés de l'enfance, se croira exposé à plus de partialité, à plus d'injustice, à moins de lumière étant par une Cour composée de douze juges choisis dans la classe des plus honnêtes gens de la province, tous au fait de la loi (tel qu'était composé le conseil supérieur de ce pays sous le gouvernement français, et qu'un ne peut se dispenser de rétablir si l'on y veut assurer la vie, l'état, et la fortune des citoyens), crois-t-on [sic], dis-je, qu'il se croira moins bien jugé par un conseil pareil, que s'il l'était par douze jurés pris au hasard, qui même quelque fois aurait pu être ménagé de loin³²⁵?

³²³ *Id.*

³²⁴ Charles de LOTBINIÈRE, « Choses indispensables à considérer et à déterminer fixement, si le bill présenté pour la Province de Québec a lieu », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 548.

³²⁵ *Id.*

Au moment de la rébellion de 1837-1838, les jurys mixtes se trouvent stigmatisés en raison de l'influence culturelle dont peuvent être soupçonnés leurs membres. À la suite du mouvement des patriotes, en 1839, François Jalbert est accusé, avec ses complices, Jean-Baptiste Maillet, Joseph Pratte et Louis Lussier, d'avoir mis à mort, le 23 novembre 1837, le lieutenant George Weir, du 32^e régiment de Sa Majesté à la veille de la bataille de Saint-Denis, opposant patriotes et loyalistes. Jalbert, défendu en septembre 1839 par les avocats William Walker et Charles Mondelet, est accusé par le procureur général Charles Richard Ogden et le solliciteur général Andrew Stuart. Composé de huit Canadiens et de quatre Britanniques³²⁶, le jury va se trouver incapable de rendre une décision. Il commence à délibérer le 6 septembre, mais n'arrive pas à s'entendre; le lundi 9 septembre, l'un des membres, Edwin Atwater, déclare qu'ils sont dix en faveur de la clémence et deux pour le déclarer coupable. La Cour renvoie le jury en délibération³²⁷. Le juge Rolland déclare le 10 septembre que le jury est congédié. L'émotion publique est grande, la violence affleure, et les dix jurés qui se disent pour l'acquittement sont battus et subissent de graves blessures. Les deux jurés en faveur de la condamnation sont acclamés par la foule et portés en triomphe sur leurs épaules³²⁸. Pour la presse anglophone, l'issue de ce procès caractérise les défauts du système judiciaire et de la mixité des jurys. La *Montreal Gazette* écrit alors que c'est une « nouvelle preuve de l'extrême danger, de la grande folie et de l'absurde politique de confier le procès par jury, ce palladium de la liberté anglaise, à des individus qui n'apprécient pas la valeur de ce bienfait et qui ne possèdent pas l'intelligence nécessaire pour exercer les fonctions d'hommes libres³²⁹ ».

³²⁶ Robert RUMILLY, *Papineau et son temps*, t. 2, Montréal, Fides, 1977, p. 166.

³²⁷ André-Romuald CHERRIER, *Procès politique : La Reine vs Jalbert, accusé du meurtre du Lieutenant Weir du 32^e Régiment de sa Majesté*, Montréal, F. Cinq-Mars, 1839.

³²⁸ *Le Canada-Français*, vol. 3-4, Québec, Imprimerie Demers et Frères, 1890, p. 218.

³²⁹ Jacques LACOURSIÈRE, *Histoire populaire du Québec*, t. 2, Sillery, Septentrion, 1996, p. 416.

Malgré ces critiques et hors de ces situations politiques exceptionnelles, la pratique des cours criminelles jusqu'aux années 1830 est de composer les grands jurys à moitié d'anglophones et à moitié de francophones et que, au moins pour les procès impliquant les défendeurs canadiens-français, les jurys de jugement sont des jurys *de medietate linguae*³³⁰. Dans *La Gazette de Montréal*, du 21 mars 1850, les publications relatives aux questions légales rendent compte régulièrement de procès tenus par jury *de medietate linguae*³³¹. La cause de James Johnson est particulièrement intéressante. Cet Américain est accusé du crime de larcin. En l'occurrence, il invoque son statut étranger et demande par l'intermédiaire de son avocat la mise en place d'un procès par jury *de medietate linguae*, ce qu'il obtient. Cependant, une fois celui-ci convoqué, il se trouve qu'une seule personne membre du jury parle anglais. Le solliciteur général consulte alors les spectateurs pour parvenir à composer un jury avec six membres anglophones et six francophones, qui aboutira à la condamnation de Johnson *in fine*. On trouve régulièrement dans les journaux de la Province, au cours des années 1850 et 1860, des références aux jurys *de medietate linguae*, sans que la procédure pose de difficulté particulière³³².

Si le recours au jury devient un outil principal de résolution judiciaire des différends à partir du régime anglais, il ne fait pas l'objet d'une large codification législative. L'institution du jury *de medietate linguae* ne sera ainsi pas sacralisée par un texte législatif spécifique jusqu'à la codification de 1866³³³. Plus avant durant le XIX^e siècle, le recours aux jurys *de medietate linguae* existe encore, non plus de manière

³³⁰ Griet VERMEESCH, Manon van der HEJDEN et Jaco ZULJDERDIJN, *The Uses of Justice in Global Perspective, 1600-1900*, Londres, Routledge, 2019, p. 201-228.

³³¹ *Montreal Herald and Commercial Gazette*, 1834-1885, 21 mars 1850, BANQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3130539?docpos=2>>.

³³² Voir par exemple : *Morning Chronicle and Commercial and Shipping Gazette*, 14 mars 1863, BANQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3597142?docsearchtext=medietate>>; 5 avril 1864, BANQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3597467>>.

³³³ P. GIRARD, J. PHILIPS et R.B. BROWN, préc., note 266, p. 435.

récurrente et importante, mais de façon épisodique et conjoncturelle. Ainsi, devant la Cour de révision de la Cour supérieure de Québec, le 31 janvier 1896, dans l'affaire *Bédart v. Hunt*³³⁴, concernant une action de dommages autour de l'application de l'article 543 du *Code de procédure civile*, les communautés anglophone et francophone sont sollicitées pour permettre à l'institution judiciaire de répondre à une demande de passage d'un jury classique au jury *de medietate linguae*. L'article 436 (1) et (2) du *Code de procédure civile* publié en 1920 prévoit cette forme de jury dans les cas de causes civiles opposant un francophone et un anglophone³³⁵. Dans un contexte biculturel, en Irlande à la fin du siècle, on trouve de la même manière le recours au jury *de medietate linguae* dans les procès où des étrangers sont accusés³³⁶, ce qui démontre ainsi la permanence de cette procédure d'accommodement et de représentativité à l'intérieur de la tradition de common law. On adapte durant le XIX^e siècle le recours aux jurys *de medietate linguae* aux districts moins diversifiés culturellement que ceux de Montréal et de Québec pour rendre la procédure disponible dans l'ensemble de la Province en 1884³³⁷.

La publication satyrique canadienne-française et nourrie au vitriol qu'est *Le Canard* fait paraître en 1881 un réquisitoire contre le jury, plus particulièrement le jury mixte qui donne la part belle, selon les auteurs, aux déviances humaines ainsi qu'aux nationalismes étrangers et qui se trouve instrumentalisé au détriment des Canadiens français :

Tout est possible pour un jury excepté de rendre justice dans les cas suivants : 1. Lorsque l'accusé est Irlandais, Écossais, Juif ou Anglais, et lorsqu'il se trouve un ou deux de ses compatriotes

³³⁴ CONSEIL GÉNÉRAL DU BARREAU DE LA PROVINCE DE QUÉBEC, *Les rapports judiciaires de Québec – Cour supérieur et Cour de circuit*, vol. 9, Montréal, Gazette Printing Company, 1896, p. 6-14.

³³⁵ A.-S. ARCHAMBAULT et Henri GÉRIN-LAJOIE, *Code de Procédure Civile de la Province de Québec, revu et mis au courant de la législation jusqu'au 14 février 1920*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1920.

³³⁶ Niamh HOWLIN, « Fenians, Foreigners and Jury Trials in Ireland, 1865-1870 », (2010) 45 *Irish Jurist* 51.

³³⁷ *An Act to amend the act respecting jurors and juries*, 47 Vic., c. 11 (1884), *Gazette officielle du Québec*, 21 juin 1884, Québec, éditeur officiel, p. 1230.

parmi les douze. 2. Lorsqu'il s'agit d'un procès politique [...] Dans notre pays, cette institution est devenue une véritable farce. Lorsqu'un Canadien craint de s'en rapporter à la décision franche et honnête de ses propres compatriotes, il imite les criminels d'origine étrangère qui ne manquent jamais de demander un jury mixte et d'en appeler aux préjugés de races, si fortement enracinés chez les populations qui nous entourent. On commence par demander un jury mixte, on tâche de le trier subrepticement, on en récuse quelques-uns, et ce serait bien le diable si l'on ne parvenait pas à en acheter un ou deux au besoin³³⁸.

Henri Berthelot, fondateur de ce journal satirique qui publiera jusqu'à 10 000 exemplaires, est avocat³³⁹. Il sera à l'origine, plus tard, des publications du *Grognard* et du *Violon*, Toutefois, à la date de cette publication en 1881, il s'est départi de sa publication au profit d'Honoré Beaugrand, qui lui donne une connotation plus violente dont ces lignes sont un exemple. Caricaturale et même xénophobe, cette présentation du jury mixte montre toutefois que l'acceptation de la procédure n'est pas une évidence pour l'ensemble de la population; si elle apparaît comme un outil d'accommodement culturel et de meilleure représentativité, elle peut également incarner une forme d'instrumentalisation de la justice au profit de certaines communautés ou de regroupement culturels ou linguistiques, illustration de stratégies conjoncturelles ou permanentes.

Toujours dans un contexte politique tendu, le procès de Louis Riel en 1885 est l'occasion d'évoquer la possibilité de recourir au jury mixte. Le secrétaire d'État fédéral et ancien premier ministre du Québec, Joseph-Adolphe Chapleau, s'oppose à Wilfrid Laurier sur cette question et perd beaucoup de crédibilité au Québec pour avoir refusé de démissionner du Cabinet fédéral à la suite de la mort de Riel. On le sait, Riel est jugé à Regina par crainte qu'à Winnipeg se trouve un jury trop indulgent, le

³³⁸ A. FILIATREAU, préc., note 2.

³³⁹ Aurélien BOIVIN, « Hector Berthelot », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, 1990, préc., note 310.

Manitoba prévoyant un procès devant jury et bilingue³⁴⁰. Au contraire, la *North West Territories Act* (1875) d'Alexander MacKenzie donne la possibilité de juger Riel pour haute trahison devant un simple fonctionnaire d'État et six jurés, sans aucune protection ni garantie de représentativité francophone (on comptera six protestants anglais et écossais de la région de Regina). Considérant le procès et l'exécution de Riel justifiée et pleinement légale, Chapleau répond à Laurier qui déplore qu'on ne lui ait pas donné un procès devant un jury composé de membres de sa nationalité, Riel étant de nationalité américaine. Laurier ne revendique pas en l'occurrence un procès devant un jury métis, mais simplement un jury composé d'Américains ou à tout le moins d'étrangers, arguant que c'était le droit pour un étranger arrivant au pays. Chapleau réplique ainsi : « Monsieur Laurier ne doit pas ignorer qu'aux Italiens on ne donne pas un jury mixte, composé moitié de sujets britanniques et d'étrangers³⁴¹ ».

En 1908, la *Loi amendant le Code de Procédure civile relativement aux procès par jury* prévoit le remplacement de l'article 436 du *Code de procédure civile* par une formulation plus adaptée à une société désormais ouverte à des parties venant du monde entier et ne pratiquant aucune des deux langues majoritaires :

436 1. Quand la langue des parties en cause est la langue française ou la langue anglaise, ou quand l'une des parties parle la langue française ou la langue anglaise et que la langue maternelle de l'autre partie n'est ni la langue française ni la langue anglaise, le juge, sur la demande de l'une des parties, peut ordonner que le jury soit composé exclusivement de personnes parlant la langue anglaise ou de personnes parlant la langue française, selon que la langue des parties ou de l'une d'elles est la langue française ou la langue anglaise.

³⁴⁰ Voir Thomas FLANAGAN, *Louis Riel*, Ottawa, Canadian Historical Association, 1992, p. 23-78.

³⁴¹ *La Presse*, jeudi 21 janvier 1886, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3217119>>.

2. Si l'une des parties parle la langue française et l'autre la langue anglaise et que l'une d'elles demande un jury *de medietate linguae*, ou si cette demande est faite par une corporation qui est partie à l'instance, le juge ordonne que le jury soit composé en égal nombre de personnes parlant la langue française et de personnes parlant la langue anglaise³⁴².

Cette disposition, adaptée à un contexte plus « multiculturel », montre que, derrière la logique de compréhension linguistique, la logique de la représentativité « d'un autre point de vue » sur le procès est présente également dans cette mise en œuvre des jurys *de medietate linguae*, même si elle aboutit, *de facto*, à une forme d'unilinguisme. Dans l'*Act respecting jurors* de 1925³⁴³, l'article 3449, reprenant la dynamique de 1884, prévoit que, dans les districts où les jurys mixtes ne peuvent être convoqués sans une ordonnance spéciale, un juge président la cour possède la capacité, s'il le juge nécessaire, d'autoriser le shérif à convoquer un jury mixte³⁴⁴. Cet acte prévoit que, dans les districts de Québec et de Montréal, le shérif doit assigner des jurys mixtes et former les tableaux en inscrivant de manière égale des jurés des deux langues. Il en est de même dans tout district dans lequel l'assignation « de jurys mixtes a été ou est autorisée par un arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil, sur l'adresse du grand jury, constatant l'opportunité de cette mesure » (art. 3445). La situation est identique lorsque le jury mixte est autorisé par voie judiciaire en vertu des articles 3449 et 3450.

Malgré une certaine volonté d'ouvrir la procédure du jury mixte à d'autres cultures que les deux groupes majoritaires, la décision du juge Victor Allard en 1917, dans la cause *Chicoine c. Gordon et al.*, largement relatée dans la presse montréalaise, notamment *Le Devoir*, vient clore l'idée d'une procédure ouverte au multiculturalisme montréalais. En l'occurrence, E. Chicoine, demanderesse, d'origine canadienne-française,

³⁴² *Loi amendant le Code de Procédure civile relativement aux procès par jury*, Gazette officielle du Québec, 2 mai 1908 (entrée en vigueur le 14 avril 1908), Québec, Éditeur officiel du Québec, 1908, p. 895-896.

³⁴³ *An Act Respecting Jurors*, 15 George V, c. 51 (1925).

³⁴⁴ Québec, *Gazette officielle du Québec*, 18 avril 1925, p. 54.

est opposée à Harry Gordon, de langue hébraïque. Le 12 janvier, sur une motion de la demanderesse, le tribunal ordonne que le jury soit composé de « gens parlant exclusivement le français³⁴⁵ ». La motion ayant été faite en l'absence de l'avocat des défendeurs, celui-ci demande au tribunal de réviser le premier jugement et d'ordonner la formation d'un jury mixte. Le juge Allard considère l'article 436 qui prévoit que, si la langue maternelle de l'une des parties est l'anglais ou le français et que la langue de l'autre partie n'est ni l'anglais ni le français, le juge peut ordonner que le jury soit composé exclusivement de gens parlant l'une des deux langues, en l'occurrence celle de la partie au procès. En l'espèce, le juge déclare ceci : « je suis d'opinion que l'expression du code "la langue des parties" veut dire la langue maternelle des parties ». Sa conclusion est que, si une partie dans une cause est russe, italienne, juive ou de toute autre nationalité, et que langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais, cette partie ne peut bénéficier du privilège accordé par l'article 436 du *Code de procédure civile* en demandant un jury mixte, le privilège de ce dernier appartenant uniquement aux personnes dont la langue maternelle est soit l'anglais, soit le français, même si ces personnes parlent l'une des deux langues majoritaires. La nationalité des jurés constitue en permanence une source de suspicion de partialité, comme le montre le procès de l'abbé Delorme en 1923, où Pierre Bayard, journaliste au journal *La Croix*, proche des milieux catholique et canadien-français, fustige la tenue d'un jury mixte en l'espèce, car parmi les douze jurés « il y avait un Juif, un Hollandais, et deux Anglais. Passe encore pour les deux Anglais. Mais qu'avons-nous besoin ici dans la province de Québec des Juifs et des Hollandais comme jurés [*sic*]³⁴⁶ ».

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, des cas de jury *de medietate linguae* sont mentionnés encore largement par les journaux, que ce soit *Le Canada*, *Le Soleil* ou *La Presse*³⁴⁷. La procédure n'occupe

³⁴⁵ *Le Devoir*, 18 janvier 1917, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2794514>>.

³⁴⁶ *La Croix*, 21 juillet 1923, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3682137>>.

³⁴⁷ Voir par exemple : *Le Canada*, 28 mai ou 5 juin 1936; *Le Soleil*, 3 mai 1933; *La Presse* 5 juin 1936 ou 11 janvier 1939, BAnQ, en ligne.

toutefois pas, d'un point de vue technique ou de l'importance des enjeux mis en branle par son recours, une place notable dans les recueils de jurisprudence ou en doctrine. On trouve ainsi peu de renvois dans le *Répertoire général de jurisprudence canadienne* de Jean-Joseph Beauchamps. On souligne cependant quelques éléments de la pratique. La dimension linguistique plutôt que nationale de la pratique est mise en exergue, la connaissance de la langue étant le critère de la qualification en vue de participer à un tel jury (*Dame Bernier v. The Montreal Light, Heat and Power Co.*)³⁴⁸. On réaffirme que, lorsqu'une des parties ne parle ni l'anglais ni le français et que l'autre partie est une corporation, seule cette dernière a le « droit absolu de demander un jury *de medietate linguae* » (*Les Frères de la Charité de St-Vincent de Paul de Montréal v. Martin*)³⁴⁹; dans la même logique, si une des parties est une corporation et se trouve devant un jury intervenant dans sa langue, face à une partie qui parle une autre langue, le tribunal doit ordonner la tenue d'un jury *de medietate linguae* (*Beaulieu v. The Montreal Street Railway Co.*)³⁵⁰. Toujours au bénéfice de la corporation, dans une cause soumise à un jury où la défenderesse est une corporation, le demandeur n'a pas le droit d'obtenir de jury mixte si la défenderesse s'y oppose, bien que, pour sa part, elle dispose de la possibilité d'en demander un (*Compagnie des Tramways de Montréal v. Crowe*)³⁵¹.

Le recours au jury *de medietate linguae* dans une action en dommages pour torts personnels contre la Cité de Montréal est relaté et validé en 1898 (*Cassidy v. Cité de Montréal*)³⁵². En matière criminelle, on relève

³⁴⁸ S.C. 1911, 13 Q. P. R., 116, cité dans Jean-Joseph BEAUCHAMPS, *Répertoire général de jurisprudence canadienne*, (1852-1923), vol. 3, n° 139, Montréal, Wilson & Lafleur, 1914, p. 1774.

³⁴⁹ *Id.*, nos 132 et 133, p. 1773 : B.R. 1908, Montréal, 9 R.P.Q. 381; 10 R.P.Q. 194; *The Canadian Rubber Co. v. Demetrius Karawokiris*, C. Sup. 1910, Montréal, 12 R.P.Q. 122; R.J.Q. 36 C.S., 425; 44 R.C. Supr. 303.

³⁵⁰ *Id.*, n° 138, p. 1774, S.C. 1911, 12 Q.P.R. 263.

³⁵¹ B.R., 26 févr. 1915, 24 B.R., 122, cité dans Joseph-Fortunat SAINT-CYR, *Supplément au Répertoire général de jurisprudence canadienne, mai 1913 à déc. 1925*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1927, vol. 2, n° 41, p. 641.

³⁵² C.S. 1898, Montréal, 1 R.P.Q. 535, cité dans J.J. BEAUCHAMPS, préc., note 349, n° 131, p. 1773.

qu'afin d'obtenir 6 jurés parlant le langage de la défense, et après que toutes les personnes parlant ce langage ont été appelées, la Couronne conserve la liberté d'instruire en se tenant à l'écart (*stand aside*) et qu'elle n'est pas obligée d'attendre la constitution d'un jury complet (*The Queen v. Dougall and Dougall*)³⁵³. Le fait de convoquer un juré dont le nom se trouve inscrit sur la liste des jurés francophones, qui ne comprend pas l'anglais, et qui a été appelé en tant que juré de langue anglaise, sans qu'il soit possible de demander finalement la présence d'un juré anglais dans un tel jury *de medietate linguae* ne constitue toutefois pas un cas de nullité de la convocation du jury ou de la composition de ce dernier (*Montreal Street Railway Co. v. Girard*)³⁵⁴. Dans l'affaire *Anna Yancey*, en mars 1899, une tentative de meurtre où l'accusée, Anna Yancey, plaide la maladie mentale, c'est la langue de l'avocat qui s'immisce dans le débat, l'accusée étant anglophone et l'avocat demandant le jury mixte, tandis que l'avocat francophone et peu convaincu de sa capacité à convaincre dans cette langue les jurés anglophones, souligne qu'« [i]l serait très préjudiciable à la cause de [sa] cliente de choisir un avocat de langue anglaise qui ne connaît pas sa cause, parce que la cour [lui] refuserait le droit d'être jugé[e] par un jury composé d'au moins six personnes de langue française³⁵⁵ ».

Pendant les années 30, la tendance défavorable au jury mixte, notamment en matière criminelle, se renforce. Le juge Lucien Cannon, dans l'affaire *R. v. Sinclair* devant la Cour du Banc du Roi, nie l'existence du droit au jury mixte. Mark Drouin, avocat de l'accusé Roland Sinclair, demande, en vertu des prescriptions de l'article 923 du *Code criminel*, un jury mixte :

Non pas que nous prétendons que cette section du Code criminel, dans ses termes mêmes, nous donnerait-il ce droit-là, mais d'après l'ensemble de l'économie du Code criminel nous avons

³⁵³ *Id.*, n° 130, p. 1772-1773 : Q.B. 1874, Montréal, 18 J. 242; 23 R.J.R.Q., 484, 573.

³⁵⁴ Q.J.R. K.B., 1911, Q.J.R., 21 K.B. 121.

³⁵⁵ *La Presse*, 3 mars 1899, p. 1, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3237753?docsearchtext=jury%20mixte>>.

le droit de choisir parmi douze de nos pairs parmi soixante jurés. Si cette motion nous est refusée et que nous ne pouvons choisir que parmi trente seulement, nous prétendons que les fins de la justice seraient mieux servies si la Cour nous accordait un jury mixte³⁵⁶.

La Couronne relève que l'article 923 ne fonde pas un tel droit, et la Cour argue de la modification législative de 1925 pour rejeter une telle demande. Jusqu'en 1925, la loi énonce que, dans les districts comme Québec où le shérif doit assigner des jurés mi-français et mi-anglais, les jurés doivent être appelés alternativement, et le jury composé tel qu'il aura été choisi après le jeu normal des récusations et des mises à l'écart³⁵⁷. La Cour ajoute qu'en sus de cette disposition la loi des règnes 27-28 de la Reine Victoria d'avant la Confédération donne le droit à la défense de faire motion afin d'obtenir au moins six jurés parlant la langue de l'accusé, ces dispositions existant pour deux provinces dans le pays, dont le Manitoba. L'article 924 du *Code criminel* contient encore en 1936 une disposition particulière pour le jury mixte dans la province du Manitoba. Après la réforme de 1925 du *Code criminel*, l'article 923 est modifié et le paragraphe 2 mentionne désormais qu'un accusé peut être jugé « by a jury entirely composed of jurors speaking the English, or entirely composed by jurors speaking the French language³⁵⁸ ». Le droit de la défense est donc d'obtenir un jury unilingue de sa langue et non un jury mixte, le droit à la mixité, et ainsi au choix parmi les 60 jurés convoqués, ayant disparu au profit d'un jury unilingue.

Dans la région de Sherbrooke, en décembre 1940, dans une affaire mettant en cause deux témoins de Jéhovah, c'est encore la dimension mixte que conteste l'avocat des deux Brilotti accusés de conspiration séditeuse, qui ont déjà été jugés l'année précédente, sans accord. M^e Calder déclare en l'espèce que, « l'année dernière, chaque fois qu'un juré de langue anglaise était appelé, la Couronne l'a mis de côté, bien que le

³⁵⁶ *Le Soleil*, 15 février 1936, p. 20, BANQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3293463?docsearchtext=jury%20mixte>>.

³⁵⁷ *Id.*, p. 11.

³⁵⁸ *Id.*

juge a[it] accordé un jury mixte. Cette fois-ci, si nous avons un jury mixte, la Couronne fera le même jeu et ce sera un jury mixte “pour rire” [*sic*]. Nous voulons un jury de langue anglaise³⁵⁹ ». Malgré l’opposition de la Couronne, le président du tribunal accorde douze jurés de langue anglaise pour le second procès.

Dans la célèbre affaire *Coffin* au cours des années 1960, qui donnera lieu à la tenue de la Commission royale d’enquête sur l’affaire Coffin (aussi appelée « commission Brossard »), on relève à la fois la difficulté pratique de rendre réalisable le jury mixte dans certaines régions du Québec – les environs de Percé en l’occurrence – et la commission Brossard charge fortement l’institution du jury mixte, envisagé essentiellement sous son angle purement linguistique et comme une contrainte inutile pesant sur le juge :

[Le jury chargé de juger Wilbert Coffin] était composé pour moitié de gens choisis dans les listes de jurés de langue française et pour moitié de gens choisis dans les listes de jurés de langue anglaise préparées par le shérif du district de Gaspé. L’on sait que si Wilbert Coffin n’obtient pas un jury composé entièrement de gens de langue anglaise et ne put obtenir qu’un jury mixte, ce fut à cause de la difficulté, sinon l’impossibilité de trouver, conformément aux dispositions de la Loi des jurés, dans un rayon de 40 milles de la ville de Percé où siégeait le Tribunal, des personnes de langue anglaise possédant les qualifications requises pour agir comme jurés en nombre suffisant³⁶⁰.

La commission Brossard ajoute ceci :

Des difficultés identiques à celles qui se présentèrent à Percé au sujet de la constitution d’un jury sont susceptibles de se présenter, dans des circonstances analogues, dans certains autres

³⁵⁹ *La Tribune*, 11 décembre 1940, BANQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3540628?docsearchtext=jury%20mixte>>.

³⁶⁰ COMMISSION ROYALE D’ENQUÊTE SUR L’AFFAIRE COFFIN, *Rapport de la Commission d’enquête Brossard sur l’affaire Coffin*, vol. 3, Montréal, Commission Royale, 1964, p. 671.

districts de la province. Je vous suggère que dans tous les cas et à tous points de vue un jury unilingue qu'il soit de langue française ou de langue anglaise est préférable à un jury mixte et que le choix de la langue de ce jury devrait être laissé entièrement à la discrétion de l'accusé, peu importe la langue de ce dernier, puisque dans notre province tout au moins les deux langues sont officielles. Si les autorités fédérales adoptaient, à votre suggestion, une loi en ce sens, on déchargerait le juge qui préside un procès devant jury de la pénible obligation d'être appelé, en certains cas, à raison de difficultés purement administratives, à décider que les fins de la justice seront mieux servies par la constitution d'un jury mixte plutôt que par le jury unilingue que demande l'accusé³⁶¹ ».

La proposition faite dans le rapport de la commission Brossard, défavorable à la tenue des jurys mixtes sur des questions d'administration de la justice, ne répond en rien à la problématique de l'affaire *Coffin*, puisque celui-ci souhaite à l'origine un jury unilingue, mais dans un district à l'immense majorité francophone. Le souci qui s'exprime ici sous la plume de la commission Brossard se fonde essentiellement sur la volonté d'alléger la charge du juge dans son administration de la justice. La difficulté à constituer des jurys mixtes entraîne en effet, pendant les années 1960, plusieurs déplacements de procès criminel vers des districts plus diversifiés. Ainsi, Roger Lowry, accusé de négligence criminelle et demandant la tenue d'un jury mixte, devant l'impossibilité de le réunir dans le comté d'Arthabaska, obtient en avril 1969 le transfert de son procès dans le district de Québec³⁶². Les années 1970 connaissent encore plusieurs jurys mixtes en matière criminelle, dont les journaux font leurs manchettes³⁶³, sans que la procédure soit particulièrement mise en cause.

³⁶¹ *Id.*, p. 671-672.

³⁶² *La Tribune*, 29 avril 1969, p. 6, BAnQ, en ligne : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3636211?docsearchtext=La%20Tribune,%2029%20avril%201969>.

³⁶³ Voir, par exemple, *La Tribune*, 2 janvier 1980, cahier 1, BAnQ, en ligne : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3683149?> >, qui relate les grandes affaires de la décennie précédente, notamment les *Marion*,

Le portrait général qui ressort de ces affaires de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e est celui d'un recours régulier aux jurys *de medietate linguae*, avec une procédure bien connue, limitée dans son spectre, qui permet une certaine représentativité communautaire fondée sur l'appartenance linguistique, mais pour laquelle la logique de représentativité est largement limitée aux deux grandes communautés, aucun mécanisme n'autorisant un autre type de représentativité. On ne trouve pas de recours aux jurys *de medietate linguae* pour la communauté juive, pour les marchands étrangers ou les groupes autochtones, alors que la procédure de common law est utilisée à l'époque, dans d'autres contextes historiques comme nous l'avons vu, au bénéfice de ces communautés.

Conclusion

Bien qu'il constitue une institution typiquement britannique, aux racines à la fois identitaires et monarchiques, le jury devient rapidement une institution dont les jurés, et le peuple au sens large, s'emparent et dont ils font une véritable « liberté britannique ». Si la dimension judiciaire des petits et des grands jurys n'est pas négligeable, c'est beaucoup dans leur mise en œuvre politique et identitaire que les jurys agitent l'opinion publique et judiciaire dans le contexte colonial, comme ils le font encore de nos jours³⁶⁴. Sans trop attendre, les colons des treize colonies s'approprient l'institution dans une optique de forte représentativité des intérêts coloniaux et d'opposition croissante à la Couronne britannique. Les lois britanniques adoptées en vue de restreindre le droit à un procès devant jury sont donc jugées intolérables par les colonies, ce qui exacerbe la volonté de ces dernières de prendre leurs distances par rapport à la Couronne. Aux prises avec la Conquête d'une colonie qui ne connaît pas l'institution du jury de common law, la Couronne britannique se trouve obligée d'adapter les mécanismes de cette institution intrinsèquement

Raymonde « le loup » Grimard ou encore celle de Ferland Laplante qui ont toutes donné lieu à des jurys mixtes.

364

Voir Laura Gaston DOOLEY, « Our Juries our Selves: The Power Perception and Politics of the Civil Jury », (1994-1995) 80-2 *Cornell Law Review* 325.

anglaise, à laquelle les populations d'origine française et britannique s'opposent dès les premières années du régime civil dans la Province de Québec. Le cadre du jury étant articulé autour de la composition de ses membres, de son champ d'intervention (entre droit privé et droit pénal) et de l'héritage de common law qu'il représente, chaque intervenant se l'approprié comme institution représentative de ses aspirations, de sa vision du droit et de sa communauté. C'est bien ainsi que les contemporains comprennent l'institution. Par exemple, à la suite des pétitions contre le gouverneur George Ramsay Dalhousie en 1828, le comité de l'Assemblée législative du Bas-Canada, chargé de traiter les plaintes formulées contre le shérif du district de Montréal, intervient en ce sens. Celui-ci est accusé de constituer les jurys criminels, y compris les grands jurys, exclusivement avec des gens de la ville plutôt qu'avec ceux de tout le district, ce qui crée un déficit de représentativité. Comme le rapporte Fyson, le rapport rédigé sous la présidence de Denis-Benjamin Viger en février 1829 conclut que la pratique courante dans les trois districts judiciaires principaux (Montréal, Québec et Trois-Rivières) est « évidemment contraire aux lois et aux principes d'impartialité » et que « sommer exclusivement les habitants d'un lieu particulier, d'une classe distincte, ne saurait être compatible avec la liberté plus qu'avec la justice impartiale. Il répugne à tous les principes de notre gouvernement et ne pourrait tendre qu'au renversement de la constitution du pays³⁶⁵ ».

Mis en œuvre dans une société multiethnique, postcoloniale et placée devant plusieurs réalités sources de discrimination, le jury issu de la tradition de common law doit être réinterprété au regard de ses sources et de son contexte historique de formation. S'il représente sans aucun doute possible un acquis favorable aux libertés « anglaises », il est la clef de voûte procédurale de l'équité et de la justice naturelle de common law. Loin d'être une institution rigide, ancrée dans ses certitudes, le jury de common law s'est continuellement adapté au contexte multiculturel dès ses origines, cherchant de manière pragmatique des types de représentativité, d'accommodement capable de réaliser une forme de justice par les

³⁶⁵ *Journaux de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada* 38 (1829), appendice EE, cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 88.

pairs. S'appuyant sur cette souplesse et ces précédents historiques, particulièrement au regard des communautés autochtones, cette institution devrait être en mesure de répondre de manière cohérente au ressenti négatif éprouvé actuellement par certaines communautés. Plus largement, le jury mixte ou *de medietate linguae* doit permettre, parmi d'autres outils, de bâtir un pluralisme juridique global³⁶⁶ et ainsi constituer un pont entre des systèmes.

³⁶⁶ Voir la perspective de Paul Schiff BERMAN, « Can Global Legal Pluralism Be both “Global” and “Pluralist”? », (2019) 29 *Duke J. Comp. & Int’L* 381; Paul Schiff BERMAN « Global Legal Pluralism », (2007) 80 *Southern California Law Review* 1155; Paul Schiff BERMAN « Global Legal Pluralism as a Normative Project », (2018) 8 *UC Irvine Law Review* 149.