



**UNION INTERPARLEMENTAIRE**  
124<sup>ème</sup> Assemblée et réunions connexes  
Panama, 15-20 avril 2011



Conseil directeur  
Point 13

CL/188/13b)-R.3  
Panama, avril 2011

## COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES PARLEMENTAIRES

### ► CAS N° MAL/15- ANWAR IBRAHIM

## LE PROCÈS D'ANWAR IBRAHIM

Rapport sur le procès de Datuk Seri Anwar bin Ibrahim devant la *High Court* de Malaisie observé pour le compte de l'Union interparlementaire (UIP)

MARK TROWELL, avocat de la Couronne  
Mars 2011

---

### Introduction

Datuk Seri Anwar bin Ibrahim (« Anwar Ibrahim ») était Vice-Premier Ministre de Malaisie dans les années 1990. Il a été révoqué en 1998 par le Premier Ministre, Dato' Seri Mahathir bin Mohamad, après avoir été accusé d'avoir sodomisé le chauffeur de sa femme et d'avoir agi en corrupteur en tentant d'intervenir dans l'enquête de police. Il a été jugé coupable et emprisonné, puis libéré lorsque la Cour fédérale de Malaisie a annulé la condamnation en septembre 2004.

La décision de la Cour fédérale a été pour Anwar l'aboutissement de six ans de lutte passés à plaider son innocence devant les différents degrés du système judiciaire malaisien pour obtenir justice.

Pendant sa longue période d'incarcération, Anwar Ibrahim est devenu le symbole de l'opposition politique au régime de Mahathir. *Amnesty International* a vu en lui un prisonnier d'opinion, déclarant qu'on l'avait arrêté comme adversaire politique pour le réduire au silence.

Le 26 août 2008, Anwar a remporté l'élection partielle pour le siège de Permatang Pauh avec une majorité de plus de 15 000 voix et a regagné le Parlement comme chef d'une coalition de trois partis d'opposition connue sous le nom de *Pakatan Rakyat* (PKR).

Le 7 août 2008, Anwar Ibrahim était accusé d'actes de sodomie contraires à la section 377B du Code pénal. Il aurait sodomisé un homme du nom de Mohd Saiful Bukhari Azlan (« Mohd Saiful ») qui faisait partie de son personnel, dans un appartement privé non loin du centre de Kuala Lumpur.

Le dossier d'Anwar a été transféré le 5 mars 2009 du tribunal d'instance à la *High Court* afin qu'il puisse être jugé. Le juge Datuk Mohamad Zabidin Mohd Diah (« juge Zabidin ») a été chargé d'entendre l'affaire, qui était inscrite au rôle pour le 4 février 2010 au Palais de justice de Jalan Duta.

J'ai rendu compte à l'Union interparlementaire pour la première fois en qualité d'observateur du procès en août 2010. Le procès traînait alors depuis plus de six mois. On s'attendait à l'époque à ce que l'accusation cite comme témoins des médecins et scientifiques pour prouver l'allégation centrale de pénétration sexuelle. Cela n'a pas été le cas car le procès a été de nouveau retardé.

Au cours des premiers mois, le procès avait surtout été interrompu en raison de plusieurs recours formés devant la Cour d'appel et la Cour fédérale pour contester des décisions du juge d'instance qui, aux yeux des avocats, affectaient l'équité du procès.

Beaucoup de temps a été perdu en mars 2010 en raison de l'ouverture du Parlement qui a coïncidé avec le procès car il y avait conflit entre ce procès et les devoirs parlementaires d'Anwar et de son principal avocat, M<sup>e</sup> Karpal Singh (lui aussi parlementaire et président national du Parti de l'action démocratique (Democratic Action Party - DAP), qui est membre de la coalition d'opposition). Malheureusement, au mois d'août, Karpal Singh est tombé subitement malade, atteint d'une pneumonie, ce qui a une nouvelle fois retardé le procès.

### **Communication des éléments versés au dossier de l'accusation**

Les milieux internationaux de juristes admettent généralement que la non-communication ou la suppression de preuves matérielles qui auraient dû en toute équité être communiquées à l'accusé entraînent la plupart du temps une erreur judiciaire. La *Common Law*, la loi et, dans certaines juridictions, la Constitution le reconnaissent.

*Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (Royaume-Uni)  
*Criminal Justice Act 2003* (Royaume-Uni)  
*R c. Ward* [1993] 2 All ER 577 at 626 [Royaume-Uni]  
*R c. Stinchcombe* [1991] 3 S.C.R. 326 [Canada]  
**R. c. McNeil** [2009] S.C.J. No. 3, per Charron J. [Canada]  
*Brady c. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963) [Etats-Unis]  
*Giglio c. Etats-Unis*, 405 U.S. 150, 154 (1972) [Etats-Unis]  
*Kyles c. Whitley*, 514 U.S. 419, 432-33 (1995) [Etats-Unis]  
*U.S. c. Ruiz*, (2002) 536 U.S. 622, 629 [Etats-Unis]  
*Weatherford c. Burse*, (1977) 429 U.S. 545, 559 [Etats-Unis]  
*Agurs* [1976] USSC 137; 427 US 97 at 111 [Etats-Unis]  
*Bagley* [1985] USSC 205 [Etats-Unis]  
*Code of Criminal Procedure 1973*, s. 208 [Inde]  
*Grey c. la Reine* [2001] HCA 65; (2001) 184 ALR 593 [Australie]  
*Mallard c. la Reine* [2005] HCA 68; (2005) 224 CLR 125 [17] [Australie]

Le refus des procureurs de communiquer des preuves matérielles affecte directement la conduite et l'équité du procès. Elle prive l'accusé de la possibilité non seulement de connaître le dossier de l'accusation, mais affecte aussi directement sa capacité à préparer sa défense. On peut souvent juger de l'équité et de la conformité d'un procès à la loi aux éléments qui ont été communiqués à l'accusé.

Le Procureur général de Malaisie, Tan Sri Abdul Gani Patail, a aimablement accepté de me rencontrer dans ses bureaux de Putrajaya en janvier 2010. Lors de cet entretien, Tan Sri a laissé entendre que l'équité du procès se jugeait surtout à la question de savoir si Anwar Ibrahim avait été traité autrement que n'importe quel autre citoyen malaisien traduit en justice.

Il a naturellement raison. Il serait déplacé de juger le système judiciaire malaisien en fonction de normes ou de lois en vigueur dans d'autres pays. J'ai cependant répondu qu'il y avait des normes internationales dont on attendait le respect de pays démocratiques modernes comme la Malaisie.

Les normes minimales relatives à l'équité de la procédure et aux droits des accusés sont consacrées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et incorporées dans la Convention européenne des droits de l'homme. Ces instruments ne font pas spécifiquement mention de la communication des preuves avant le procès, mais le droit général à un procès équitable implique que l'accusé connaisse le dossier auquel il doit répondre et ait la possibilité de réfuter les accusations. La communication des preuves est souvent considérée comme inséparable du droit de l'accusé à un procès équitable.

Certains systèmes judiciaires ont progressivement établi des procédures pour la communication des pièces avant le procès, pour veiller non seulement à la sauvegarde des droits de l'accusé, mais

aussi à ce que le procès se déroule sans tarder, dans le respect des normes d'équité. L'obligation de communiquer est valable en tout temps. Le Procureur qui reçoit ou obtient des informations liées à l'accusation au cours du procès doit les communiquer à la défense.

Dans la plupart des cas, des directives commandent aux services du Parquet de communiquer leur dossier à la défense. Normalement, toutes les pièces pertinentes sont communiquées, à moins qu'une divulgation totale avant le procès ne nuise à l'administration de la justice, ou lorsque cette divulgation risque de mettre en danger la vie ou la sécurité d'un témoin.

La tendance, au niveau international, est à une conception assez large et libérale de l'éventail des pièces qui sont pertinentes ou qui pourraient l'être. Les tribunaux ont refusé de considérer que ce qui est pertinent doit être évalué par rapport à la théorie de l'accusation pour l'affaire ou par rapport aux preuves dont l'accusation entend se servir pour étayer son dossier.

*Etat de l'Australie occidentale c. JWRL*, ibid, at [59-61] (Martin CJ.)

### **Communication des éléments versés au dossier de l'accusation en Malaisie**

La communication et l'examen des preuves dans les procès pénaux sont régis par les sections 5, 51 et 51A du Code de procédure pénale (« CPC ») (*Act 593*).

La section 51 du CPC dispose que, lorsqu'un tribunal estime nécessaire ou souhaitable aux fins d'un procès la production d'un document quelconque, il peut en ordonner la production.

La section 51A du CPC a été introduite en 2006. Elle oblige l'accusation à remettre à l'accusé le premier rapport signalant l'infraction pénale établi en vertu de la section 107 du CPC, copie de tout document dont elle entend faire état au procès et tout énoncé des faits favorable à la défense.

### **Communication des pièces dans le procès d'Anwar Ibrahim**

La question de la communication de pièces versées au dossier de l'accusation s'est posée très tôt dans la procédure.

Peu après qu'Anwar Ibrahim eut été déféré devant le tribunal d'instance, ses avocats ont déposé auprès du Procureur de nombreuses demandes de documents et de pièces, dont la liste des témoins à charge et toute pièce sur laquelle l'accusation s'appuierait au procès. Chacune de ces demandes s'est heurtée à un refus.

Toutefois, le 16 juillet 2009, le juge Zabidin a ordonné au ministère public de communiquer à la défense diverses pièces telles que l'enregistrement en circuit fermé des caméras de surveillance de la résidence où le délit aurait été commis; des échantillons d'ADN, les fiches de travail et notes des chimistes qui ont procédé aux tests et à l'analyse de l'ADN; toutes les dépositions des témoins et les notes des médecins qui ont examiné le plaignant à l'hôpital de Kuala Lumpur (HKL).

Il a aussi ordonné que des exemplaires de tous les documents versés au dossier de l'accusation qui seront présentés au procès, ainsi qu'un énoncé des faits favorables à la défense soient remis à l'accusé conformément à la section 51A.1.b et c du CPC.

Le juge a considéré que certaines pièces n'étaient pas visées par cet ordre, à savoir les enregistrements en circuit fermé des caméras de surveillance situées ailleurs dans la propriété de Desa Damansara, les échantillons originaux d'ADN et les déclarations faites à la police par d'autres témoins non cités par Anwar, conformément à la section 112 du Code de procédure pénale. Aucun ordre n'a été donné concernant la production de « l'électrophorogramme » sur certains échantillons d'ADN identifiés, car ces pièces avaient déjà été fournies à Anwar. Enfin, son ordre ne visait pas l'enregistrement vidéo de la déclaration de Saiful puisque la déclaration qu'il avait faite à la police en tant que témoin en application de la section 112 avait déjà été communiquée.

En prenant sa décision, le juge Zabidin a tenu compte à la fois des articles 51 et 51A du CPC. Il s'est conformé à la philosophie qui sous-tend la section 51A qui, à ses yeux, avait modifié la procédure

accusatoire pour la rendre plus transparente et équitable en fonction des circonstances de l'espèce.

Son raisonnement a été qu'il serait juste et raisonnable de laisser l'accusé accéder à ces documents et pièces pour qu'il puisse connaître le dossier monté contre lui avant le procès, et puisse mieux préparer sa défense, réfuter les preuves, procéder au contre-interrogatoire et éviter tout report d'audience.

*Pendakwa Raya c. Dato Seri Anwar Bin Ibrahim No. 05-145-2009; Dato Seri Anwar Bin Ibrahim c. Pendakwa Raya No. 05-144-2009; Cour fédérale, at [30]*

Mécontente de l'ordonnance du juge, l'accusation a fait immédiatement appel de cette décision devant la Cour d'appel (appel No. W-09-71-2009) pour deux motifs principaux, à savoir :

1. Le juge d'instance a appliqué à tort la section 51 du CPC en la lisant à la lumière de la section 51A et en lui donnant un champ d'application trop large.
2. Le juge d'instance a fait fausse route en ordonnant la communication de documents en application de ces dispositions, alors qu'il n'avait pas qualité pour le faire.

Les juridictions supérieures de Malaisie ont statué que la décision prise par le juge d'instance avant le procès, par laquelle il demandait à l'accusation de communiquer à la défense diverses pièces, allait au-delà de ce qui était autorisé par la législation pertinente. Ce faisant, elles ont adopté une vision assez étroite de la loi.

Bien entendu, ces arrêts ne portent que sur les ordonnances d'un juge avant le procès et ne préjugent en rien de son pouvoir d'ordonner la communication de pièces pendant le procès. Le juge Zabidin garde le pouvoir d'ordonner à l'accusation de communiquer des pièces intéressant la défense s'il juge que celles-ci doivent être communiquées pour des raisons d'équité.

Pendant le procès, la défense a plusieurs fois demandé au juge d'ordonner la communication de pièces telles que la liste des témoins à charge, la déclaration du plaignant à la police, et d'autres.

Les avocats d'Anwar ont fait valoir que ces pièces étaient essentielles pour la préparation de la défense de leur client. Chaque fois, le juge Zabidin a refusé d'ordonner la communication de pièces qu'à l'origine il avait jugées pertinentes et dont il avait estimé qu'elles devaient être communiquées à la défense pour des raisons d'équité. Il n'y a manifestement pas de raison à ce revirement.

Les juridictions supérieures ont systématiquement statué qu'elles n'avaient pas qualité pour entendre des appels contestant des décisions incidentes du juge d'instance, parce qu'elles touchent à la procédure et qu'il ne faut pas les confondre avec la « *décision de justice* » au sens de la section 3 du Code judiciaire (*Courts of Judicature Act*), qui prévoit ceci :

*« Une "décision de justice" s'entend d'un jugement, d'une sentence ou d'une ordonnance mais non d'une décision incidente prise au cours d'un procès ou d'une audience sur une cause ou une question, qui ne statue pas de manière finale sur les droits des parties. »*

Il n'y a rien de nouveau dans cette approche car, dans la plupart des systèmes judiciaires, si ce n'est quelques exceptions énoncées dans la loi, il n'y a pas d'appel interlocutoire en matière pénale. Le droit de recours reconnu dans la loi est celui de contester la condamnation ou ce qui est considéré comme un arrêt définitif. L'intention du législateur en imposant cette règle est d'éviter de longues procédures judiciaires avant le procès et une multiplication abusive des recours.

Voir par exemple *Criminal Appeals Act 2004* (Australie occidentale), article 7  
Voir également *28 United States Code (USC)*, Section 1291.

Les cours d'appel ont adopté la « règle du jugement final » non seulement pour les décisions relatives à des questions de « communication », mais pour toutes les décisions prises par le juge d'instance.

A plusieurs reprises, les avocats d'Anwar ont demandé à l'accusation de leur remettre un exemplaire de sa liste de témoins mais se sont heurtés à un refus catégorique et le juge d'instance refuse de l'y contraindre par une injonction. En conséquence, la défense n'a eu qu'une idée générale des personnes que l'accusation allait citer comme témoins, ce qui lui a causé des difficultés pratiques pendant le procès.

### **Commentaire**

En Malaisie, les déclarations écrites des témoins ne sont pas communiquées à la défense, si bien que l'accusé n'a qu'une notion très vague de ce que va déclarer un témoin.

Lorsque je me suis entretenu avec le Procureur général dans ses bureaux de Putrajaya, en janvier 2010, je lui ai aussi demandé pourquoi les déclarations des témoins étaient traitées comme pièces à communication restreinte et n'étaient pas remises à la défense. Il a affirmé que cette règle n'avait pas pour but de priver la défense de l'avantage tactique d'interroger un témoin à charge sur une déclaration antérieure qui présenterait une certaine incohérence. Il a expliqué que, parfois, une déclaration n'était pas la transposition exacte de ce que le témoin avait dit mais plus vraisemblablement l'interprétation qu'un officier de police avait donnée de la version du témoin.

Il se peut qu'il en soit ainsi, mais on imagine qu'un témoin a la possibilité de confirmer l'exactitude et la véracité des propos enregistrés par la police dans sa déclaration. En fait, c'est exactement ce qui se produit dans d'autres systèmes judiciaires.

En général, la police prend les dépositions des témoins et tente de transcrire exactement ce qu'ils ont déclaré. Une fois la déclaration faite, le témoin est invité à la lire attentivement et à en adopter le contenu en la signant. Si quelque chose est inexact, le témoin peut demander une modification qui corresponde exactement à ce qu'il voulait dire. Le témoin la signe alors, affirmant ainsi qu'à sa connaissance, elle est juste et conforme à la vérité.

L'usage malaisien qui consiste à ne pas communiquer les déclarations de témoins peut ne pas être oppressif lorsqu'il s'agit de médecins et de scientifiques dont les rapports sont fournis, mais comporte un inconvénient évident lorsqu'il s'agit d'autres témoins. La défense a de la peine à bien préparer le contre-interrogatoire d'un témoin lorsqu'elle n'apprend ce qu'il a à dire qu'au moment où il témoigne. C'est aussi extrêmement difficile pour la défense de contester la crédibilité d'un témoin si elle ne peut pas mettre en évidence de contradiction avec des déclarations ou dépositions antérieures.

Le refus du ministère public de communiquer la déposition faite par Mohd Saiful pendant l'enquête de police illustre bien le désavantage de la défense au procès. Cette déposition est un document essentiel, car elle est censée être le compte rendu de ce qui s'est produit, donné par l'intéressé peu après les faits et non des mois plus tard où, pour des raisons évidentes, son récit peut être moins fiable.

Il faut dire que le refus du juge Zabidin d'ordonner pendant le procès la communication de certaines pièces de l'accusation est contraire non seulement à la démarche libérale qu'il avait adoptée avant le procès, mais aussi aux principes généraux d'équité qui ont généralement cours dans les procès pénaux.

Les juridictions d'appel malaisiennes ont appliqué strictement le principe du jugement final en refusant d'intervenir dans un procès avant sa conclusion. Là encore, elles suivent strictement la loi, qui fait une distinction entre les décisions de procédure et les décisions de fond prises au cours d'un procès.

On peut discuter de la question de savoir si des requêtes en rejet d'un chef d'accusation pour abus de procédure entrent dans le cadre de ce principe, mais l'accusé ne sera pas privé de son droit de faire appel d'un verdict de culpabilité là où il y a eu erreur judiciaire.

Pour évaluer si Anwar Ibrahim a bénéficié d'un procès équitable, il faut noter que certaines des décisions du juge d'instance sont contestables. A certains égards, il a été limité par la procédure légale en usage en Malaisie mais, dans d'autres cas, il s'agissait de questions sur lesquelles il avait toute discrétion pour statuer.

Anwar a eu un accès restreint aux déclarations des témoins (l'accusation ayant invoqué ses prérogatives en la matière), ainsi qu'aux documents que l'accusation n'avait pas l'intention de produire. Comme la liste des témoins à charge ne lui a pas été remise, ses avocats, semble-t-il, ne peuvent que deviner qui pourrait être cité à comparaître pour étayer la plainte de Saiful ou se livrer à des supputations à ce sujet. Je crois comprendre que, pendant la présentation du dossier de l'accusation, Datuk Mohd Yusof, le substitut du procureur, a dit à la défense combien de témoins il entendait appeler à la barre et lui a donné quelques indications sur l'identité des personnes qui devaient être citées et le moment où elles le seraient, mais il s'agissait d'informations communiquées de manière plus officieuse que formelle.

On pourrait s'attendre à ce que le refus de communiquer ce genre d'informations crée des difficultés pour n'importe quel accusé. Prenons l'exemple du témoignage d'experts. La défense voulait que ses propres experts en médecine légale soient présents dans le prétoire lorsque les experts de l'accusation témoigneraient. Cependant, chacun des experts d'Anwar réside à l'étranger et devait être informé suffisamment longtemps à l'avance (pour se rendre disponible et limiter les frais de voyage jusqu'en Malaisie).

Les rapports des médecins qui rendent compte en détail de l'examen physique du plaignant et les rapports sur l'ADN ont été communiqués conformément à la section 51A du CPC, mais l'accusé n'a pas eu accès aux pièces sur lesquelles ces rapports se fondent.

Tout en reconnaissant que parfois les circonstances peuvent empêcher un accès direct aux échantillons d'ADN, il ne semblait pas y avoir de raison valable pour ne pas communiquer les pièces sur lesquelles se fondent les conclusions. Comme on peut l'imaginer, le refus de communiquer ces éléments peut en pratique empêcher les experts en médecine légale de l'accusé d'évaluer correctement l'efficacité et l'exactitude des méthodes appliquées par les experts de l'accusation et de leurs conclusions, et d'interroger ces témoins au procès.

#### **Communication des notes prises par les médecins de l'hôpital de Kuala Lumpur sur le cas de Mohd Saiful**

Les médecins et scientifiques devaient témoigner en août 2010, mais leur témoignage a été reporté en octobre 2010. Ce qui s'est produit lorsque ces personnes ont témoigné illustre les difficultés pratiques auxquelles s'est heurtée la défense du fait du refus de l'accusation de communiquer les pièces demandées.

Le procès a recommencé le 28 octobre 2010.

Le Dr Mohd Razali Ibrahim, médecin généraliste, était le premier médecin appelé à témoigner. Il est parmi ceux qui ont examiné Mohd Saiful à l'hôpital de Kuala Lumpur (« HKL ») le soir du 28 juin 2008. Les médecins qui l'assistaient étaient le Dr Khairul Nizam Hassan, urgentiste, et le Dr Siew Sheue Feng, pathologiste médico-légal.

Avant de commencer le contre-interrogatoire du Dr Razali, Karpal Singh, l'avocat principal de la défense, a demandé au tribunal d'obliger l'accusation à remettre à la défense les notes manuscrites prises par les médecins de l'hôpital (« notes cliniques ») au moment de l'examen, à partir desquelles a été établi le rapport médical du 13 juillet 2008 remis à la défense.

Pour étayer sa demande, Karpal Singh s'est référé à la décision de la Cour fédérale relative à la section 51A du CPC, selon laquelle la défense peut demander des documents au cours du procès. Il concluait que, si l'on appliquait cet arrêt, l'accusation avait l'obligation de fournir les documents.

« *La Cour fédérale a statué que la défense n'avait pas droit aux documents avant le procès. Cependant, la juridiction la plus haute a statué que l'on pouvait les demander en cours de procès.* », a observé Karpal Singh.

Il a ajouté que les notes cliniques étaient essentielles pour juger de la crédibilité du Dr Razali, en particulier s'il y avait des contradictions entre son témoignage au procès et les antécédents médicaux de Mohd Saiful enregistrés dans les notes cliniques. « *J'avais l'intuition – et c'était plus qu'une intuition* » qu'il y avait des contradictions « *non seulement sur l'histoire mais aussi sur d'autres aspects* », a dit Karpal Singh.

Karpal Singh a également fait observer que ce n'était pas seulement une question d'admissibilité. Comme le Dr Razali était un expert, a-t-il dit, la Cour pouvait lui demander de produire les notes cliniques sur lesquelles il s'était appuyé pour se faire une opinion :

« *L'avis que donne un expert* », a-t-il dit, « *est de nature consultative et a pour but d'aider la Cour à se forger certaines opinions qu'elle ne peut pas se forger seule. Le devoir d'un expert appelé à témoigner est de fournir au juge les critères scientifiques nécessaires. La crédibilité d'un témoin dépend des raisons indiquées. Les pièces fournies constituent la base des conclusions.* »

Un rapport d'expert, a-t-il dit, ne peut pas automatiquement se transformer en preuve mais peut être mis en cause lors du contre-interrogatoire. « *Sur cette base, la défense peut exiger que lui soient fournies les pièces et données sur lesquelles se fonde le rapport médical du 13 juillet. L'équipe de la défense n'a pas droit à cette documentation mais la Cour, oui.* » a ajouté Karpal Singh.

Le procureur en chef, Datuk Mohd Yusof, a dit que le ministère public n'avait pas fini de présenter son dossier et qu'il avait le droit de décider quelles preuves il voulait produire.

Il a avancé l'idée que, selon la loi sur les éléments de preuve (*Evidence Act*), les documents étaient admissibles dans la mesure où ils étaient pertinents et que les notes étaient inadmissibles puisque le Dr Razali était devant la Cour pour témoigner. « *Disons que, lorsqu'un médecin témoigne au tribunal, son rapport est inadmissible. La règle relative aux meilleurs éléments de preuve veut que l'on exclue tout rapport ou note à moins que le témoin veuille s'y référer.* », a dit Datuk Yusof.

Il a ajouté que le témoin ne pouvait se servir des notes cliniques que pour se rafraîchir la mémoire ou étayer son témoignage. « *Au stade de l'accusation, à qui est-ce de décider que les notes sont nécessaires pour étayer le témoignage? A ce stade, c'est notre affaire.* », a dit Mohd Yusof, ajoutant que des conditions devaient être remplies. Il a encore ajouté : « *On ne peut pas autoriser simplement un témoin à se référer à ses notes. Il faut montrer que le souvenir s'est estompé et qu'il a ainsi oublié des éléments cruciaux. Mais nous n'en sommes pas encore là.* »

Il a avancé l'argument que la défense n'avait pas droit aux notes cliniques, car le témoin n'avait pas demandé à la Cour le droit de s'y référer pour se rafraîchir la mémoire, comme le prévoient les articles 155 et 161 du CPC. « *La défense ne peut pas agir sur une seule intuition, elle doit mettre en évidence des contradictions et des incohérences matérielles pour justifier sa demande.* », a-t-il dit.

Le juge de fond a statué qu'il n'ordonnerait pas au ministère public de communiquer les notes cliniques à la défense. Il a accepté l'idée que la défense aurait droit aux notes si le témoin s'y était référé lors de son interrogatoire, ce qu'il n'a cependant pas fait.

Karpal Singh a commencé le contre-interrogatoire du Dr Mohd Razali. Celui-ci a admis qu'il ne pouvait pas se souvenir de tout ce qui s'était passé pendant les trois heures d'examen. On lui a demandé à plusieurs reprises s'il voulait se référer aux notes, mais chaque fois il a refusé de le faire.

L'interrogatoire s'est déroulé comme suit :

- Karpal Singh : « *Pouvez-vous vous souvenir de ce que vous a dit Mohd Saiful à l'hôpital Pusrawi sur ce qui lui était arrivé ?* »
- Dr Mohd Razali : « *Je n'en suis pas certain, parce que je ne me suis pas occupé de noter l'anamnèse.* »
- Karpal Singh : « *Si vous aviez les notes, vous le pourriez ?* »
- Dr Mohd Razali : « *Ce dont je me souviens, c'est qu'il a été examiné par des spécialistes de Pusrawi, mais je ne me rappelle pas les détails.* »
- Karpal Singh : « *Combien de temps avez-vous mis à prendre les notes et à établir l'anamnèse de Mohd Saiful à l'hôpital de Kuala Lumpur (HKL) ?* »
- Dr Mohd Razali : « *Je ne m'en souviens pas, parce que ce sont les Drs Siew et Khairul Nizam qui l'ont fait.* »
- Karpal Singh : « *Pouvez-vous vous souvenir de ce que Mohd Saiful a dit au moment où les médecins notaient ses antécédents ?* »
- Dr Mohd Razali : « *Je ne me souviens pas.* »
- Karpal Singh : « *C'est pourquoi vous avez besoin des notes.* »

Le lendemain, au début de l'audience, Karpal Singh a dit au juge qu'il voulait faire d'autres observations concernant la question de la communication des notes cliniques de l'hôpital. Il a dit qu'il y avait peut-être eu un malentendu sur ce que la défense voulait effectivement du ministère public. « *Ce que nous voulions, ce sont les notes cliniques. Le rapport médical préliminaire n'est pas en jeu.* », a-t-il dit. Le Dr Razali, a-t-il dit, était un témoin « *fuyant* » en ce qu'il refusait de se référer à ses notes pour se rafraîchir la mémoire. « *Ce qu'il a dit à différents moments ne tenait pas debout et même, si cela avait un sens, il s'est entêté à refuser de se référer aux notes afin de ne pas donner à la défense l'occasion et le droit d'y avoir accès.* », a dit Karpal Singh.

Le juge Zabidin a répondu qu'il avait été clair dans l'énoncé de sa décision et qu'il n'ordonnerait pas la production des notes cliniques de l'hôpital.

### **Commentaire**

Le ministère public ne se trompait pas en estimant que les notes prises par les médecins étaient inadmissibles puisqu'aucun d'eux ne s'y était référé ou ne les avait utilisées pour se rafraîchir la mémoire. C'était une condition de leur recevabilité.

Pourtant, la thèse de Karpal Singh, selon laquelle les notes cliniques étaient admissibles et pertinentes parce que c'était sur elles que s'appuyait l'opinion des experts, était à l'évidence fondée. Comment le juge de fond devait-il évaluer les opinions des médecins cités comme experts s'il n'était pas aussi informé des pièces sur lesquelles ces opinions se fondaient ?

En l'occurrence, cependant, c'est moins une question de recevabilité que de communication qui se pose. Il n'a pas été donné de raison valable pour laquelle les notes cliniques n'auraient pas dû être communiquées aux avocats d'Anwar. De toute évidence, ces documents étaient pertinents pour la défense au procès et ce fut pour l'accusé une occasion perdue de passer au crible des preuves essentielles.

Premièrement, s'il y avait cohérence entre les notes critiques et le rapport médical final du 13 juillet 2008, il n'y avait pas d'inconvénient à ce que le ministère public les communique. Refuser de communiquer les notes cliniques, dans ce cas, c'était faire inutilement obstruction. Le ministère public donnait simplement l'impression, même si elle était fautive, qu'il avait quelque chose à cacher.



Deuxièmement, les notes cliniques auraient bien pu contenir des éléments qui n'étaient pas pertinents ou utiles à l'accusation, mais ce n'était pas une raison pour refuser de les communiquer. Il aurait pu y avoir dans les notes des éléments pertinents pour la défense, tels que certains faits qui n'étaient pas mentionnés dans le rapport médical final. Si c'était le cas, les notes cliniques auraient dû être communiquées à l'accusé.

Troisièmement, ce sont les notes cliniques qui renseignent le mieux sur l'examen médical auquel a procédé l'équipe des médecins sur la personne de Mohd Saiful. C'est le document dans lequel ils ont à l'origine noté leurs conclusions. Le rapport médical final du 13 juillet 2008 n'est rien de plus qu'un résumé ultérieur de ces conclusions qui n'est peut-être ni complet ni exact.

Enfin, les notes cliniques étaient pertinentes pour la défense parce qu'elles auraient permis à ses experts de comprendre comment les experts de l'accusation s'étaient fait leur opinion et sur quoi elle reposait, et les auraient ainsi aidés à établir leur propre rapport.

### **Recevabilité du rapport de toxicologie concernant Mohd Saiful**

La défense a également contesté l'admissibilité du rapport de toxicologie concernant Mohd Saiful. Ce rapport aurait dû être joint au rapport médical du 13 juillet mais, pour une raison inconnue, il ne l'était pas au moment où il a été remis à la défense. Le Dr Razali a mentionné le rapport de toxicologie lorsqu'il a témoigné.

Karpal Singh a observé que l'accusation n'avait pas respecté la section 51A du CPC qui lui fait obligation de remettre à la défense tout document qu'elle entend produire pour prouver sa thèse. Il a dit que l'absence du rapport de toxicologie « *contaminait* » le rapport médical, qui pourrait de ce fait être « *supprimé* » puisque la défense s'était vu refuser « *un droit légitime* ».

Datuk Mohd Yusof a répondu que la défense n'avait subi aucun préjudice en ne le recevant pas. Il a déclaré que le rapport était admissible puisqu'il avait été mentionné dans le rapport du chimiste. C'était simplement par erreur qu'il n'avait pas été joint. Le procureur en chef a qualifié de neutre ce rapport : « *Il indique simplement qu'on n'a trouvé ni drogue ni alcool (chez Mohd Saiful).* », a-t-il dit.

Le juge Zabidin a statué que le défendeur n'avait pas subi de préjudice et a refusé d'exclure le rapport de toxicologie. Il a rejeté la thèse de la défense selon laquelle le rapport médical du 13 juillet était « *contaminé* » parce que le rapport de toxicologie n'y avait pas été joint et a refusé de le déclarer inadmissible.

### **Commentaire**

Cette objection était de nature technique. Il n'y avait en droit aucune raison de déclarer inadmissible le rapport médical du 13 juillet parce que le ministère public n'y avait pas joint le rapport de toxicologie. Si celui-ci n'y avait pas été joint, c'était simplement par erreur. De toute façon, le rapport de toxicologie contenait apparemment peu d'informations pertinentes. Aussi, ne pouvait-on pas dire que son omission portait préjudice à l'accusé.

### **Témoignage du Dr Siew Sheue Feng, spécialiste de pathologie médico-légale**

Le Dr Siew Sheue Feng, pathologiste, a été l'un des médecins qui ont examiné Mohd Saiful au HKL, le soir du 28 juin 2008. Il a été cité comme témoin le 22 novembre 2010.

Lors du contre-interrogatoire, le Dr Siew n'a pas pu répondre à certaines des questions que lui a posées Karpal Singh. Il a demandé au juge l'autorisation de se référer au rapport médical du 13 juillet. Karpal Singh a suggéré au témoin de se rafraîchir la mémoire en relisant le formulaire rempli à l'hôpital le soir de l'examen. Ce formulaire est un questionnaire type qu'utilise le personnel médical au centre d'accueil des victimes de viol pour recueillir le récit de la victime supposée avant de procéder à l'examen physique.

J'ai noté l'échange suivant :

Karpal Singh : « *Pourquoi voulez-vous vous reporter à vos notes cliniques et non au formulaire auquel je fais allusion ?* »

Dr Siew : « *Je ne veux pas. Je veux seulement me reporter à mes notes cliniques.* »

Karpal Singh a répété la question plusieurs fois mais, chaque fois, le Dr Siew a donné la même réponse. Il y a eu des échanges acerbes entre Karpal Singh et le procureur en chef, Mohd Yusof, qui s'est élevé contre ce genre d'interrogatoire, disant qu'il était injuste envers le témoin car les questions n'étaient pas claires.

*« Je ne suis pas injuste envers lui, il est injuste envers lui-même en refusant de se reporter au formulaire qu'il a rempli pendant l'examen et en s'entêtant à se référer au rapport clinique. »*, a répliqué Karpal Singh.

Le contre-interrogatoire s'est poursuivi mais le Dr Siew a tenu bon, maintenant qu'il ne voulait pas se rafraîchir la mémoire en se référant au questionnaire et déclarant qu'il pouvait répondre aux questions en se fiant à sa mémoire.

A un certain moment, la Cour a décidé d'une brève suspension d'audience pendant laquelle on a vu le Dr Siew hors du prétoire en train de se rafraîchir la mémoire en relisant le questionnaire qui avait été rempli. Interrogé par Karpal Singh après la reprise de l'audience, le Dr Siew a reconnu que c'était effectivement ce qu'il avait fait. Karpal Singh a immédiatement demandé la production du questionnaire rempli puisque le témoin s'était rafraîchi la mémoire en le relisant durant son témoignage, bien que pendant une suspension d'audience.

Le juge Zabidin a entendu les arguments des deux parties sur le sujet.

Cette question est régie par les dispositions de l'*Evidence Act* de 1950 relatif à l'utilisation par les témoins de documents pour se rafraîchir la mémoire. La loi en question dispose ce qui suit :

*« Un témoin peut, pendant son interrogatoire, se rafraîchir la mémoire en relisant des notes prises au moment des faits et témoigner des faits qu'elles contiennent bien qu'il n'ait pas de souvenir précis des faits eux-mêmes. »*

Voir l'*Evidence Act* de 1950, articles 159 & 160

*« Dès lors que le témoin s'est rafraîchi la mémoire à la lecture de ces notes, celles-ci doivent être produites et montrées à la partie adverse si elle le demande et cette partie est alors habilitée à soumettre le témoin à un contre-interrogatoire sur ces notes. »*

Voir l'*Evidence Act* de 1950, article 161

Karpal Singh a accepté l'observation de Mohd Yusof selon laquelle le témoin était habilité à se rafraîchir la mémoire à la lecture de documents datant de la période des faits. Il a objecté cependant que le témoin ne pouvait le faire que s'il était en train de témoigner et non pas hors du prétoire.

Il a fait valoir toutefois que, même en cas de suspension d'audience, *« le témoin était toujours sous serment »* et que la défense avait le droit de prendre connaissance des notes utilisées par le témoin pour se rafraîchir la mémoire.

Le ministère public a répondu qu'un témoin pouvait se rafraîchir la mémoire à la lecture de documents, mais pas seulement pendant le contre-interrogatoire et que, de toute façon, le Dr Siew s'était reporté à un document qui était en sa possession et non à un document qui lui avait été remis.

Karpal Singh a observé que le témoin devrait faire l'objet d'une enquête en application du Code pénal, pour entrave à l'exercice de la justice. « *Il s'est rafraîchi la mémoire en lisant le document hors du prétoire, alors qu'il avait auparavant déclaré qu'il ne se reporterait pas au questionnaire pour se rafraîchir la mémoire pendant le contre-interrogatoire.* », a-t-il dit. Karpal Singh a observé que l'équipe de la défense était en droit de prendre connaissance du document auquel le témoin s'était reporté pour se rafraîchir la mémoire.

Le juge a réservé sa décision jusqu'au lendemain. Lorsque l'audience a repris, le juge Zabidin a annoncé qu'il avait décidé que la défense aurait accès au questionnaire qui avait été rempli par le Dr Siew Sheue Feng, mais il a refusé de citer le médecin à comparaître pour entrave à l'exercice de la justice.

Il a dit : « *J'estime que le témoin peut regarder ses notes pendant le contre-interrogatoire. La demande tendant à ce que le témoin soit poursuivi pour entrave à l'exercice de la justice est rejetée.* »

Cependant, le juge Zabidin a statué que la section 161 de l'*Evidence Act* donnait à la défense le droit d'examiner le document.

### **Commentaire**

La décision du juge Zabidin d'accorder à la défense un droit d'accès au questionnaire rempli par le médecin était de toute évidence juste. De son propre aveu, le Dr Siew s'était rafraîchi la mémoire en le relisant, bien que pendant une suspension d'audience. Il n'était pas correct de sa part de le faire sans autorisation alors qu'il était soumis à un contre-interrogatoire. Le juge de fond aurait-il dû l'attaquer pour entrave à l'exercice de la justice ? La question se discute.

### **Requête en récusation du juge**

Le mardi 23 novembre 2010, Karpal Singh a demandé au juge Mohd Zabidin de se récuser pour la suite du procès pour avoir rejeté la demande d'accès d'Anwar Ibrahim aux notes des médecins de l'hôpital de Kuala Lumpur.

Il a avancé la thèse qu'en rejetant la demande d'Anwar Ibrahim et sa requête en révision de la décision, le juge de fond avait mal interprété un arrêt de la Cour suprême de 1993. Il a expliqué qu'il avait reçu d'Anwar Ibrahim l'instruction de déposer une requête en récusation.

L'avocat a également rappelé au juge de fond que le procès se déroulait sous les yeux du monde. « *Vos faits et gestes, Monsieur le Président, sont passés au crible et, avec cette affaire, c'est le procès du système judiciaire malaisien que l'on est en train de faire.* », a-t-il dit, faisant allusion à l'appel lancé par Hillary Clinton, la Secrétaire d'Etat américaine, pour qu'Anwar Ibrahim bénéficie d'un procès équitable et à la présence de représentants de l'ambassade des Etats-Unis dans le prétoire. « *Ceci étant,* » a-t-il dit, « *s'il y a un risque réel de partialité, le juge doit se récuser.* »

Le juge Zabidin a répondu que Karpal Singh était responsable de son client et qu'il pouvait être poursuivi pour outrage. Karpal Singh a rétorqué en disant que cette observation était assimilable à une mesure d'intimidation d'un avocat et faisait naître un risque réel de partialité. Cette observation a alors constitué la base de la requête en récusation.

« *Notre allégation porte sur le fond, elle ne vient pas de nulle part. Les faits se sont produits dans ce prétoire même, et sont même enregistrés sur les minutes.* », a-t-il dit. Le juge Zabidin a retiré sa menace, concédant qu'elle n'était pas « *correcte* ».

Ce n'est que le lendemain que la défense a déposé un avis de motion pour la requête en récusation, et l'audience où elle devait être soumise au juge de fond a été fixée au vendredi 26 novembre 2010.

A l'audience, ce matin-là, Karpal Singh a exposé en détail les bases de sa requête.

Il s'est reporté à la déclaration sous serment versée au dossier par son client. Dans cette déclaration, Anwar Ibrahim étayait sa requête en récusation en disant que, par ses observations, le juge avait intimidé son avocat, en laissant entendre que sa requête en récusation du juge était assimilable à un outrage à magistrat, qu'il doutait donc sérieusement qu'il pût bénéficier d'un procès équitable si le juge devait continuer à présider le procès. Il poursuivait en disant que, même si le juge avait retiré son commentaire, le risque de partialité était réel si le juge continuait à entendre sa cause.

Karpal Singh a avancé l'idée que le juge devrait se récuser. Il a dit qu'il y avait eu des juges qui, dans des circonstances semblables, avaient choisi de s'abstenir volontairement d'entendre la cause, sans même attendre la réponse de l'accusation. « *Nous vous prions instamment, Monsieur le Président, de vous retirer sans attendre la réponse de la partie adverse. Vous devriez, Monsieur le Président, vous montrer à la hauteur de la situation en prenant la décision de vous retirer. C'est la première fois qu'une telle requête repose sur l'intimidation d'un avocat par un juge.* », a-t-il dit. Il a encore déclaré que, si le juge se révélait être partial mais tenait tout de même à présider le procès, il devait être « *prêt à en subir les conséquences* ». « *Le fait que vous ayez fait machine arrière, Monsieur le Président, et retiré (votre remarque) ne signifie pas que le parti pris et le préjugé sont effacés de votre esprit. Ils sont bel et bien là.* », a-t-il dit.

En réponse, le ministère public a déclaré que la défense déposait une demande en récusation du juge pour gagner du temps et que c'était une « *tactique dilatoire* ». Le substitut du procureur, Mohd Hanafiah Zakaria, a dit que le juge n'avait fait que commenter la loi et que cela n'était pas assimilable à une intimidation.

Il a déclaré que la défense avait recouru à la récusation du juge parce qu'il y avait eu des cas dans lesquels Mohd Zabidin avait statué contre Anwar, mais que le raisonnement de la défense en demandant la récusation du juge manquait de cohérence.

« *C'est un principe bien établi que la prise de décisions défavorables au requérant n'est manifestement pas une base suffisante pour obtenir la récusation du juge. Vous vous êtes borné, Monsieur le Président, à commenter la loi en vigueur [...] il n'y a pas ici la moindre trace d'intimidation* », a dit le substitut du procureur. Il a ajouté que, s'il y avait eu intimidation, elle serait venue de la « *conduite effrontée* » de l'avocat principal de la défense, Karpal Singh, qui avait insisté pour que Mohd Zabidin « *se retire* » du procès d'Anwar Ibrahim.

« *Il est évident que les motifs invoqués par le requérant pour récuser le juge sont non seulement incohérents, mais abusifs. Le ressort de cette requête est la mauvaise foi et la volonté de retarder le procès. De toute évidence, pour une raison des plus fantaisistes, le requérant a voulu que vous vous récusiez pour la suite du procès, et c'est la deuxième fois qu'il le fait.* », a dit Mohd Hanafiah.

C'était en effet la deuxième fois qu'Anwar Ibrahim déposait une requête en récusation du juge. La première requête a été déposée en mars 2010. Anwar Ibrahim accusait alors le juge de partialité parce que celui-ci avait refusé de poursuivre pour entrave à l'exercice de justice le quotidien malais *Utusan Malaysia*, qui tenait des propos malveillants et portait atteinte à l'équité du procès. La requête s'était heurtée à un refus du juge et la défense l'avait finalement retirée.

Après avoir entendu ces observations, le juge Zabidin a suspendu l'audience jusqu'au 6 décembre 2010, pour se laisser le temps de se prononcer sur la requête en récusation le concernant. Il a décidé que le procès proprement dit reprendrait aussi ce jour-là, s'il n'avait pas décidé de se récuser.

### **Le juge de fond refuse de se récuser pour la suite du procès**

Lorsque la Cour a de nouveau siégé le 6 décembre 2010, le juge Zabidin a fait connaître sa décision. J'étais présent pour observer l'audience pour le compte de l'Union interparlementaire.

En résumé, le juge a incorporé dans sa décision la transcription des débats où figure la prétendue « *menace* » qu'il a proférée afin, a-t-il dit, « *que l'on comprenne bien le contexte dans lequel ces propos ont été tenus* ».

Dans cette transcription figure l'annonce par Karpal Singh de l'intention de son client de demander au juge de fond de se récuser pour la suite du procès. Le juge répond alors en ces termes :

Juge Zabidin : *« Vous l'enregistrerez (l'avis de requête) demain matin. Nous pouvons donc poursuivre le procès maintenant. Et l'on peut envisager aussi des poursuites pour outrage en raison du dépôt d'une requête en récusation d'un juge parce que celui-ci a pris une décision qui outrepassse ses pouvoirs, ce qui est faux. »*

Karpal Singh : *« On trouvera plus de détails dans la requête. Dato' Seri Anwar craint de ne pas bénéficier d'un procès équitable. Aussi, notre client nous a-t-il donné pour instructions d'introduire cette requête, ce qui est notre droit. Vous pouvez la refuser, Monsieur le Président, comme c'est votre prérogative. Mais vous devez au moins l'examiner. La question d'outrage ne se pose pas. C'est une question que vous devrez considérer objectivement, Monsieur le Président, sans vous sentir personnellement impliqué. Nous avons un rôle à jouer en tant qu'avocat de la défense et nous devons suivre les instructions de notre client. Si l'on nous donne des instructions, nous devons les suivre. »*

Juge Zabidin : *« Mais vous êtes responsable des instructions qui sont données, quelles qu'elles soient. Comme dans le cas de Zainur Zakaria. Quelle que soit la requête enregistrée, même si c'est sur l'instruction de votre client, vous devez en prendre la responsabilité. L'affaire Zainur est très claire là-dessus. »*

Un peu plus tard, l'échange entre eux s'est poursuivi en ces termes :

Karpal Singh : *« Cette remarque, qui nous menace (de poursuites pour) outrage à ce stade, est tout à fait déplacée. »*

Juge Zabidin : *« Je ne dis pas qu'il y a outrage. »*

...

Karpal Singh : *« Or cette menace (de poursuites pour) outrage est totalement injustifiée. Intimider un avocat, c'est une affaire très sérieuse. Nous sommes aussi respectueux de la Cour que vous l'êtes, Monsieur le Président... Cette menace (de poursuites pour) outrage... Yang Arif devrait retirer cela. Ce n'est pas correct. »*

Juge Zabidin : *« D'accord, je retire. Ce n'est pas correct. »*

Après avoir examiné la transcription, le juge a conclu ceci :

*« Je pense qu'un homme sensé lisant ces mots dans leur contexte n'aurait pas l'impression qu'il y avait un risque réel de partialité simplement parce qu'il y a eu un échange entre un avocat et un juge. La requête est donc rejetée. » [4]*

La défense a alors demandé et obtenu une suspension d'audience pour pouvoir enregistrer l'appel contestant la décision du juge de fond. Les débats ont été ajournés dans l'attente d'un appel.

### **La Cour d'appel rejette l'appel en récusation**

Le 14 janvier 2011, la Cour d'appel a débouté Anwar Ibrahim de son appel tendant à ce que le juge Mohamad Zabidin se récuse pour la suite du procès de sodomie. Un collège de trois juges, comprenant MM. Low Hop Bing, Abdul Mali Ishak et Ahmad Maarop, a confirmé à l'unanimité

l'objection préliminaire du ministère public. Le juge Low s'est rangé à l'avis du substitut du procureur, Mohamad Hanafiah Zakaria, qui estimait que l'affaire était incidente et donc non susceptible d'appel.

Cette décision est conforme aux arrêts précédents de la Cour d'appel qui a refusé d'intervenir pour infirmer les décisions du juge de fond parce qu'elle a considéré qu'il ne s'agissait pas de décisions finales et que, comme telles, elles ne pouvaient pas être examinées par une cour d'appel.

« *Nous sommes d'avis que le juge de la High Court, lorsqu'il a décidé de rejeter la requête en récusation, a pris cette décision au cours d'un procès. Nous estimons donc que cette Cour n'a pas qualité pour entendre l'appel et que l'accusé n'est pas en droit de faire appel avant dire droit.* », a dit le juge Low

### **Commentaire**

Le refus du juge Zabidin de se récuser pour la suite du procès était une décision qui lui appartenait. Il a admis que sa remarque était déplacée et l'a immédiatement retirée. Il a reconnu qu'il avait parlé d'outrage, mais il a conclu que ses propos s'inscrivaient dans un échange entre un avocat et un juge de fond et qu'une personne sensée n'y verrait aucun indice de parti pris.

Au cours de ce procès, il y a eu parfois des échanges vifs entre le juge de fond et l'avocat. Il ne peut pas en être autrement dans un procès pénal. Karpal Singh est un avocat fougueux et déterminé. Pendant le procès, il a tenu au juge de fond des propos qui étaient parfois incendiaires, voire offensants. Il est difficile d'admettre qu'il se soit senti « *intimidé* » par la menace de poursuites pour outrage à magistrat. Quoi qu'il en soit, conformément à ses arrêts précédents, la Cour d'appel a conclu qu'elle n'avait pas qualité pour entendre l'appel. La question de la partialité sera sans doute un motif d'appel si l'accusé était condamné par le juge d'instance.

### **Les éléments de preuve liés à l'analyse ADN sont exclus – puis la décision est inversée**

Lorsqu'Anwar Ibrahim a été placé en garde à vue après avoir été inculpé en juillet 2008, il a été mis en cellule pour la nuit. Il a été libéré le lendemain, mais des objets utilisés par lui ont été conservés et soumis par la police à une analyse ADN. Il s'agissait d'une brosse à dents, d'une bouteille d'eau minérale et d'une serviette à main prises dans sa cellule.

Les avocats d'Anwar Ibrahim ont contesté l'admissibilité de l'analyse ADN, considérant que les objets utilisés pour obtenir des échantillons d'ADN avaient été saisis de manière inappropriée.

A la fin du « *procès dans le procès* » concernant l'admissibilité des éléments de preuve, le juge Zabidin a accepté cette objection, au motif que les trois objets pris dans la cellule avaient été obtenus par des méthodes inéquitables, ce qui signifiait que toute preuve fondée sur l'ADN obtenue au moyen de ces objets n'était pas non plus admissible.

Après avoir présenté son dossier, le procureur en chef Mohd Yusof a soumis deux demandes. Premièrement, il a prié le juge de l'espèce de revoir sa décision du 8 mars 2011 tendant à exclure les preuves fondées sur l'ADN obtenues au moyen des trois objets pris dans la cellule d'Anwar Ibrahim. Deuxièmement, il a demandé au juge d'ordonner qu'Anwar Ibrahim fournisse un échantillon d'ADN pour analyse, conformément à la section 50 de l'*Evidence Act*. L'audience a été ajournée afin de permettre aux parties de présenter des arguments écrits au juge de l'espèce.

Quelques jours seulement avant l'audience relative à ces demandes, celles-ci ont été publiées dans les quotidiens *New Straits Times* et *Utusan Malaysia* et sur le portail en ligne *Malaysia Today*. Le *New Straits Times* présentait un article exclusif en page 4, intitulé *New bid to get Anwar's DNA*, qui donnait le détail des demandes écrites non encore présentées par le procureur en chef Mohd Yusof.

Les avocats d'Anwar Ibrahim se sont déclarés scandalisés par la publication des demandes du procureur. L'avocat de la défense, Sankara Nair, a dit qu'il demanderait sans doute une inculpation pour entrave à la justice. Il a fait la déclaration suivante au *Malaysian Insider* :

« Il s'agit là d'une répétition de ce qui s'est passé en 1998, lorsque des déclarations sous serment ont fait l'objet de fuites. C'est là un cas flagrant de jugement par les médias qui constitue sans doute une entrave à la justice. Nous étudierons la question avec nos conseillers juridiques avant de prendre une décision, mais il est très probable que nous demanderons au tribunal de se pencher sur cette question. C'est totalement inacceptable. Le Procureur en chef agit comme le bras politique du gouvernement. »

Lors de l'audience, l'avocat principal de la défense, Karpal Singh, a instamment prié le tribunal de prendre des mesures à propos de ces fuites.

« Pour la première fois dans l'histoire de la justice du pays, les requêtes du Parquet sont apparues sur Internet avant même qu'elles ne soient soumises », a déclaré Karpal Singh. Il a également fait référence à l'article publié par *Utusan Malaysia*, considérant que la couverture par ce quotidien appartenant à l'UMNO d'une manifestation du Perkasa exigeant qu'Anwar Ibrahim soumette des échantillons d'ADN risquerait d'influencer la décision du juge sur la dernière requête du Parquet. Karpal Singh a critiqué le procureur Datuk Yusof, l'accusant d'être lui-même à l'origine des fuites durant le week-end.

« Puisque mon estimé collègue a fait en sorte que ses requêtes soient publiées sur Internet, dans le *Malaysia Today*..., il n'est pas nécessaire que j'adresse une demande au tribunal. Celui-ci doit de lui-même poursuivre ceux qui sont responsables des fuites pour entrave à la justice, avant même que mon estimé collègue ne présente des requêtes qui sont déjà dans le domaine public », a déclaré Karpal Singh.

Datuk Yusof a répondu que, s'il assumait l'entière responsabilité des fuites, il considérerait qu'en tant que procureur en chef, il n'était « utilisé par personne ». « Je livre mes batailles au tribunal, pas à l'extérieur. J'ai déclaré vendredi dernier que nous présenterions une requête, fondée sur la section... Je ne suis l'instrument de personne. Je ne suis responsable devant personne, si ce n'est le tribunal. Cela n'est pas rien. Les requêtes sont tout simplement devenues publiques plus tôt que prévu », a déclaré Datuk Yusof.

Le juge Zabidin a mis en garde toutes les parties contre toute action pouvant conduire à une condamnation pour outrage. « Le procès est en cours. Je dois rappeler aux parties que quiconque se rendra coupable d'outrage devra subir les conséquences de ses actes », a déclaré le juge.

Quelques jours plus tard, le Premier Ministre, Datuk Seri Najib Razak, a apporté sa contribution au débat sur la place publique, déclarant que le dirigeant de l'opposition devrait soumettre ses échantillons d'ADN pour analyse. Cette déclaration a suscité une réaction immédiate des avocats d'Anwar Ibrahim.

Karpal Singh a déclaré que le Premier Ministre avait passé outre à la récente déclaration du juge Zabidin avertissant toutes les parties que toute observation publique sur le procès pourrait être constitutive d'entrave à la justice.

Il a soulevé cette question lorsque les audiences ont repris, déclarant au juge Zabidin que « le Premier Ministre devrait être cité à comparaître pour avoir déclaré qu'Anwar Ibrahim devrait soumettre des échantillons d'ADN. Monsieur le juge, vous devriez ordonner que le Premier Ministre soit poursuivi pour entrave à la justice. Aucune des parties intéressées ne saurait se rendre coupable d'entrave. »

Mais le juge Zabidin a déclaré que, si la défense voulait entamer une telle procédure, elle devait d'abord soumettre au tribunal une requête à cette fin. « Si c'est vraiment ce que vous voulez, alors présentez une requête au tribunal », a déclaré le juge.

L'avocat d'Anwar Ibrahim, Sankara Nair, a ensuite déclaré aux médias, en dehors de l'enceinte du tribunal, que la défense ne demanderait pas pour le moment qu'une procédure soit ouverte contre le Premier Ministre pour entrave, mais qu'elle le ferait s'il répétait ses remarques.

Lors de la reprise de l'audience, à l'appui de sa requête en révision de la décision prise par le juge d'exclure tout élément de preuve fondé sur les échantillons d'ADN prélevés sur les objets utilisés par Anwar, le procureur en chef a noté que, si le juge ne pouvait imposer à Anwar de soumettre des échantillons d'ADN, il pouvait ordonner à quelqu'un d'autre de les obtenir de lui. Ce qui importait, selon Datuk Yusof, c'était de savoir si l'ADN récupéré sur l'anus de Saiful pouvait être comparé à celui de l'accusé (Anwar). Yusof a estimé que le juge de l'espèce n'avait pas à se préoccuper de la manière dont les échantillons avaient été obtenus; « *dans la mesure où ils sont pertinents, ils sont admissibles* ».

Les avocats d'Anwar ont souligné qu'il n'avait pas à fournir des échantillons d'ADN, rappelant que lors du premier procès pour sodomie, il avait été déclaré officiellement que le profil ADN d'Anwar avait été « *compromis* » par la police.

Une scientifique de l'administration, le Dr Seah Lay Hong, a témoigné en octobre 2010 qu'elle avait trouvé deux profils ADN mâles inconnus sur la périphérie de l'anus de Saiful. Elle avait désigné l'un d'entre eux sous le nom de « *mâle Y* ».

Anwar avait refusé de fournir des échantillons d'ADN lors du premier procès pour sodomie en 1998, de crainte qu'ils ne soient manipulés. En janvier 2010, l'ancien chef du Service des enquêtes criminelles de Kuala Lumpur, Datuk Mat Zain Ibrahim, a affirmé que l'analyse ADN avait été falsifiée lors du premier procès d'Anwar.

Le *DNA Identification Act 2008* (loi sur l'identification par l'ADN) a été adopté pour contraindre les suspects de fournir des échantillons d'ADN, malgré les protestations émises par des parlementaires d'opposition, sans aucun doute influencés par les tentatives de falsification des échantillons d'Anwar Ibrahim lors de son premier procès.

Pour l'essentiel, cette loi est très similaire aux lois adoptées dans d'autres juridictions relatives à la constitution d'une banque de données d'ADN et donnant pouvoir à la police de prélever des échantillons d'ADN sur tout suspect et de les enregistrer dans la base de données générale, en tant qu'éléments utilisables lors d'enquêtes pénales. Cette loi n'a pas d'effet rétroactif et ne peut donc pas être invoquée pour contraindre Anwar Ibrahim à fournir un échantillon de son ADN.

Le 23 mars 2011, le juge Zabidin est revenu sur sa décision antérieure et a déclaré que la brosse à dents, la serviette et la bouteille d'eau minérale, qui avaient été exclues précédemment, pouvaient être utilisées comme éléments de preuve dans le procès. Il a toutefois rejeté la requête de l'accusation tendant à contraindre Anwar de fournir un échantillon d'ADN.

Le juge a déclaré qu'il avait pris sa décision antérieure avant d'avoir connaissance du témoignage de l'enquêteur, le commissaire Jude Pereira. « *Au vu du témoignage de l'enquêteur et du fonctionnaire ayant procédé à l'arrestation (le commissaire Ahmad Taufik Abdullah), l'arrestation est licite* », a déclaré le juge, ajoutant que la détention avait également un caractère licite. « *Ces objets et tous les indices provenant de ces objets constituent maintenant des éléments admissibles. Je reviens donc sur ma décision précédente* », a-t-il déclaré.

Le juge Zabidin a également souligné qu'il avait lu et relu la section 73 de l'*Evidence Act*, mais que rien dans cette loi ne donnait au tribunal le pouvoir de prendre une telle décision. La section 73 traite du prélèvement d'échantillons aux fins de comparer des écritures et des empreintes digitales.

Le procureur en chef a déclaré qu'il citerait à comparaître la chimiste Nor Aidora Saedon et l'ancien chef du groupe des enquêtes criminelles de Bukit Aman, Amidon Anan, afin qu'ils présentent les pièces en question.

## **Commentaire**

Les fuites relatives aux requêtes de l'accusation tendant à prier le juge d'ordonner qu'Anwar Ibrahim fournisse des échantillons d'ADN sont pour le moins inhabituelles et malencontreuses.



Si les fuites étaient délibérées, il s'agirait là d'un outrage au juge Zabidin qui n'avait pas encore connaissance des requêtes. Si elles étaient accidentelles, elles seraient la preuve que la sécurité est très relâchée dans les services du Procureur général, ce qui justifierait une enquête policière au niveau le plus élevé.

Étrangement, aucune explication appropriée n'a été donnée au juge à ce propos. Tout ce que Datuk Yusof a pu dire, c'est qu'il n'était l'instrument de personne et que les requêtes avaient simplement été rendues publiques plus tôt qu'elles ne l'auraient dû.

Il est également regrettable que le Premier Ministre ait fait publiquement des observations sur l'affaire en déclarant qu'Anwar Ibrahim devrait fournir un échantillon d'ADN. Il s'agit bien sûr d'une affaire très politique et les frontières entre la justice et la politique ont souvent été franchies. Mais les remarques du Premier Ministre sont contraires à la position officielle, qui est que les tribunaux doivent agir dans cette affaire en toute indépendance, sans aucune ingérence politique. Heureusement, il n'y avait pas de jury qui aurait risqué d'être influencé par ces observations.

### **Aucune analyse scientifique relative à un éventuel lubrifiant**

Mohd Saiful a déclaré aux médecins qui l'ont examiné qu'un lubrifiant avait été utilisé lorsqu'il avait été sodomisé.

Il s'agit là d'un indice potentiellement important car, si du lubrifiant avait été trouvé dans les échantillons prélevés dans son anus et son rectum, cela aurait sans doute corroboré ses allégations de pénétration anale. Cela aurait pu également expliquer pourquoi il n'y avait pas de lésion apparente.

### **Commentaire**

Il n'y avait pas d'obligation légale de vérifier si les échantillons contenaient du lubrifiant, mais les enquêteurs ont fait preuve d'une grande négligence en s'en abstenant. Ils auraient dû le faire et ils ne l'ont pas fait.

Sans aucun doute, le juge devra tenir compte du fait que l'accusation n'a pu prouver la présence de lubrifiant lorsqu'il déterminera si la déposition de Mohd Saiful était ou non sincère.

### **Saiful a-t-il été à la selle avant d'être examiné à l'hôpital de Kuala Lumpur ?**

Quelques heures seulement avant d'être examiné à l'hôpital de Kuala Lumpur (HKL) le 28 juin 2008, Mohd Saiful s'était rendu à l'hôpital privé Pusat Rawatan Islam ("Pusrawi") de Jalan Tun Razak pour y subir un examen médical.

Durant l'examen, il avait déclaré au médecin, le Dr Mohamed Osman Abdul Hamid, que, depuis quelques jours, son anus était douloureux et qu'un objet en plastique y avait été introduit.

Une rectoscopie effectuée par le Dr Osman avait fait apparaître qu'il n'y avait pas de signe physique d'une pénétration et que l'anوس et le rectum étaient normaux. Après cet examen, Saiful avait déclaré au Dr Osman qu'il avait été sodomisé par une personnalité. Ce dernier avait alors recommandé, du fait de l'allégation de sodomie, qu'il soit procédé à un nouvel examen dans un hôpital public.

Plus de deux heures après, Mohd Saiful est arrivé au HKL, qui est très proche de l'hôpital Pusrawi. Trois spécialistes l'ont examiné plus tard ce soir-là, mais n'ont pas non plus trouvé d'indices de lésions. Selon leurs propres termes, il n'y avait « ... *aucun élément clinique concluant attestant une pénétration de l'anوس, ni aucune lésion défensive significative sur le corps du patient* ».

Divers prélèvements ont été effectués en vue d'une analyse scientifique. Ces prélèvements ont notamment été effectués sur sa langue, ses seins, son corps, sa région périnéale et ses organes sexuels. D'autres prélèvements dans les régions supérieures et inférieures de son rectum et des prises de sang ont également été effectués en vue d'un profilage ADN. Pour on ne sait quelle raison, ces

échantillons ne sont arrivés au laboratoire pour analyse que deux jours plus tard. L'étiquetage des différents prélèvements est aussi sujet à caution.

### **Commentaire**

Il est intéressant de noter que Mohd Saiful a témoigné au procès qu'il avait déclaré aux médecins qu'il n'avait pas lavé son anus, ni été à la selle avant l'examen. Lors du contre-interrogatoire, il a affirmé qu'il ne s'était pas lavé afin de préserver les indices, ce qui constitue une attitude curieuse de la part de la victime d'une agression sexuelle.

Il est bien connu que les victimes d'agressions sexuelles se lavent presque toujours pour s'efforcer de "purifier" leur corps après le contact sexuel. Très peu ont la présence d'esprit de ne pas se laver pour préserver la preuve du contact sexuel. L'explication de Mohd Saiful est également curieuse car il a affirmé être un musulman pieux, ce qui signifie qu'il est tenu de se laver avant d'effectuer ses prières quotidiennes.

S'il n'avait pas été à la selle, il y avait alors de meilleures chances de retrouver des traces de sperme et d'ADN. Dans le cas contraire, ces chances étaient plus limitées.

Cela signifiait aussi que Mohd Saiful avait menti.

Lorsque le Dr Razali du HKL a témoigné, il a déclaré avoir constaté que le rectum de Mohd Saiful était vide, bien que le plaignant ait affirmé ne pas avoir été à la selle depuis qu'il avait été sodomisé. Cela a été confirmé par la rectoscopie. Durant le contre-interrogatoire, il a noté que, même si Mohd Saiful n'avait pas été à la selle depuis deux jours, il n'y aurait pas nécessairement de matières fécales dans le rectum... Il a expliqué qu'il pourrait y avoir des matières fécales dans la région supérieure du rectum, mais non dans la région inférieure sur laquelle les prélèvements avaient été effectués, car cette région inférieure avait simplement pour rôle de faciliter la défécation et non de stocker les matières fécales.

Quoi qu'il en soit, il y a là potentiellement une incohérence significative, dans la mesure où elle touche à la crédibilité du plaignant.

### **Présence de sperme dans le rectum de Mohd Saiful**

Evidemment, si l'on trouvait de l'ADN d'Anwar dans le rectum du plaignant, cela attesterait sans conteste la réalité du contact sexuel.

L'une des difficultés auxquelles se heurtait l'accusation tenait au délai écoulé entre la pénétration sexuelle alléguée et le prélèvement d'échantillons aux fins d'analyse ADN et d'analyse spermatique. Le Dr Mohd Razali Ibrahim a déclaré au tribunal qu'il avait examiné l'anus de Mohd Saiful et prélevé des échantillons 54 heures après l'acte de pénétration allégué.

Il a affirmé que, malgré le délai écoulé, il était toujours possible de trouver des traces de sperme.

« *Dans certains cas, on peut obtenir des résultats jusqu'à 72 heures après, car le conduit anal n'est pas droit* », a dit le médecin, ajoutant qu'il était possible de retrouver du sperme dans le rectum même après qu'une personne était allée à la selle, certains échantillons pouvant rester « coincés » là. « *Lorsque j'ai procédé à l'examen, je ne savais pas à quoi m'attendre, ni si je trouverais des échantillons* » a-t-il dit.

« *Il peut rester des traces, car l'intestin n'est pas droit* », a-t-il précisé lors de son ré-interrogatoire par le procureur en chef. Toutefois, lorsqu'il a été interrogé par Sankara Nair, l'un des avocats d'Anwar, le Dr Razali a précisé que ce délai de 72 heures était fondé sur ses lectures et non sur son expérience médicale, car il n'était pas un spécialiste de médecine légale.

## Commentaire

Le Dr Mohd Razali est un médecin généraliste. Il admet lui-même avoir peu d'expérience en médecine légale. Il a simplement prélevé des échantillons sur le corps du plaignant. Son opinion quant au délai durant lequel on peut escompter trouver des traces de sperme dans le rectum ne devrait pas avoir beaucoup de poids.

Un autre facteur suscite des incertitudes : peut-on s'attendre à trouver des traces de sperme dans le rectum, alors qu'il est évident que le plaignant est allé à la selle ? Le Dr Razali a admis que la probabilité de la présence de sperme dépendait des fonctions anales de la personne, ou de l'occurrence d'une défécation importante.

## Stockage inapproprié des échantillons d'ADN

Un problème important lié à l'intégrité des échantillons d'ADN prélevés dans le rectum de Mohd Saiful est apparu lors du procès, durant le témoignage du commissaire enquêteur adjoint, Jude Pereira. Il était alors le fonctionnaire de police principal chargé de conserver des échantillons après leur prélèvement par l'équipe médicale du HKL le 28 juin 2008.

Il est apparu que les échantillons d'ADN n'avaient pas été stockés comme il convient et qu'ils avaient pu se dégrader.

Le 10 mars 2010, le commissaire Pereira a témoigné qu'il n'avait pas suivi les instructions précises du Dr Siew Sheue Feng qui avait indiqué que les échantillons contenant l'ADN devaient être placés dans un congélateur, mais qu'il s'était contenté de les placer dans une armoire métallique de son bureau, afin de pouvoir les surveiller.

Il a précisé qu'il avait recueilli les échantillons des mains du Dr Siew au HKL le 29 juin 2008 et les avait placés dans son bureau, puis au commissariat de Brickfields. « *Le Dr Siew a dit qu'il fallait les placer dans un congélateur, afin que certains des composants ne se dégradent pas* », a-t-il dit.

Le commissaire Pereira a précisé que les échantillons étaient restés dans son armoire métallique pendant 34 heures avant d'être envoyés au département de chimie. « *Il s'agit en fait de 43 heures* », a répliqué l'avocat d'Anwar, Sankara Nair.

Il a aussi admis que les échantillons d'ADN avaient pu se dégrader parce que l'armoire métallique n'était pas un congélateur. Il a indiqué au tribunal qu'il y avait bien un congélateur au commissariat, mais qu'il avait décidé de conserver les échantillons dans son bureau, qui était climatisé.

Il a précisé que la température dans l'armoire était similaire à celle de son bureau. Quand on lui a demandé comment il le savait, il a dit qu'il avait mis la main dans l'armoire.

Sankara Nair a relevé que le commissaire Pereira ne s'était pas conformé aux instructions permanentes de l'inspecteur général en s'abstenant de placer les échantillons dans le congélateur du commissariat, alors même qu'il avait pris un numéro d'entreposage. « *Oui, les échantillons auraient dû être conservés dans un compartiment de stockage. J'ai violé la loi, mais cela a été ma décision* », a déclaré Pereira. Il a en outre admis qu'il n'avait pas informé la chimiste de l'administration, le Dr Seah Lay Hong, des conditions dans lesquelles les échantillons avaient été conservés.

Sankara Nair a également souligné que le commissaire Pereira n'avait pas remarqué que les dates inscrites sur certains des échantillons étaient fausses. Deux des échantillons portaient la date de l'infraction présumée (26 août) et non la date à laquelle les échantillons avaient été prélevés à l'hôpital. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il n'avait pas fait état de cette erreur, Pereira a répondu qu'il ne s'en était pas aperçu.

L'avocat principal d'Anwar Ibrahim, Karpal Singh, a mis en doute l'intégrité du commissaire Pereira en faisant référence aux conclusions de l'enquête de la Commission des droits de l'homme de Malaisie (SUHAKAM) faisant apparaître que Pereira avait menti lors de son témoignage. « *Soit Jude*

*Pereira a menti consciemment, soit il souffre d'un grave problème de mémoire* », a déclaré Karpal Singh aujourd'hui, citant les conclusions de l'enquête.

## Commentaire

Si l'on trouvait de l'ADN d'Anwar Ibrahim dans le rectum du plaignant, cela prouverait sans aucun doute la réalité du contact sexuel.

Les avocats d'Anwar Ibrahim ont émis des doutes à propos de l'intégrité des échantillons obtenus et analysés par la police. Anwar Ibrahim a refusé de fournir des échantillons lors de son premier procès pour sodomie en 1998, de crainte qu'ils ne soient manipulés et il a agi de même cette fois-ci, pour les mêmes raisons. Sa prudence est justifiée et elle est confirmée par le fait que l'ancien chef du Service des enquêtes criminelles de Kuala Lumpur, Datuk Mat Zain Ibrahim, a affirmé en janvier dernier que les échantillons d'ADN avaient été falsifiés lors du premier procès pour sodomie d'Anwar Ibrahim.

Selon l'accusation, l'échantillon d'ADN prélevé dans l'anus de Mohd Saiful corroborait son allégation et incriminait Anwar, car il prouvait qu'il y avait eu pénétration. Le 3 février 2010, le procureur en chef, Datuk Mohd Yusof, a déclaré au tribunal, lors de son exposé introductif, que :

*« L'accusation présentera également des échantillons de sperme prélevés dans l'anus de Saiful Bukhari Azlan dont le département de chimie a pu constater qu'ils provenaient de l'accusé. »*

Il ne fait pas de doute que de nombreuses questions liées aux preuves de l'accusation fondées sur l'ADN sont toujours sans réponse.

Par exemple, l'accusation a refusé de fournir un échantillon de la matière d'où aurait été extrait de l'ADN, afin que les avocats d'Anwar puissent faire procéder à une analyse indépendante. Il peut y avoir de bonnes raisons à cela. Par exemple, la taille de l'échantillon est si petite qu'il n'y en a tout simplement pas assez pour en fournir à la défense sans porter atteinte à l'intégrité de l'échantillon, mais aucune explication n'a été donnée par l'accusation.

Quelle qu'en soit la raison, les avocats d'Anwar considèrent que le refus par l'accusation de fournir une partie de l'échantillon pour leur permettre de l'analyser porte préjudice à leur client en l'empêchant de contester les avis des experts de l'accusation.

Des questions se posent également à propos de la « chaîne de surveillance » des échantillons prélevés par les médecins au HKL. Selon le rapport, les échantillons n'ont pas été transmis aux chimistes pour analyse avant au moins 48 heures. Le commissaire Pereira, ayant pris possession des échantillons auprès du Dr Siew, s'est contenté de les placer dans une armoire de son bureau, plutôt que dans un lieu sûr. Les avocats d'Anwar soulèvent la question de la continuité de la chaîne, car elle a des incidences sur l'intégrité des échantillons qui ont ensuite été analysés par les scientifiques de l'administration. Ils affirment également que le refus par l'accusation de fournir les notes établies par les scientifiques pour arriver à leurs conclusions ne permet pas d'exclure la possibilité d'une contamination des échantillons.

Les avocats d'Anwar affirment en outre qu'il est bien peu probable que de l'ADN ait pu être obtenu à partir des prélèvements effectués dans le rectum de Mohd Saiful 48 heures après la pénétration. La plupart des experts confirment que la cavité rectale est un milieu extrêmement hostile et que la dégradation du sperme y est relativement rapide, de sorte qu'il est très peu probable que de l'ADN survive après ce délai.

Enfin, le tribunal a maintenant été informé que les échantillons prélevés sur Mohd Saiful ont été stockés de manière inappropriée et, contrairement aux instructions de l'équipe médicale, simplement placés dans une armoire de rangement non réfrigérée, ce qui augmentait fortement les risques de dégradation. Le chimiste de l'administration, le Dr Seah Lay Hog, n'était pas au courant des mauvaises conditions dans lesquelles les prélèvements avaient été conservés avant qu'il ne les analyse car personne ne l'en avait informé.

En ayant conservé de manière si peu professionnelle les échantillons dans l'armoire de rangement de son bureau, le commissaire Pereira a confirmé qu'ils n'avaient pas été suffisamment surveillés et protégés de toute contamination accidentelle ou délibérée. On peut aussi se poser la question de savoir si la « chaîne de la surveillance des scellés » a été préservée ou interrompue du fait de ce type d'entreposage.

La « chaîne de la surveillance des scellés » constitue l'aspect le plus important d'une affaire criminelle. Il est en effet essentiel d'assurer l'intégrité physique des preuves biologiques durant tout le processus d'analyse scientifique.

Cela commence lorsqu'un fonctionnaire de police prend en charge un élément de preuve. Il s'ensuit la création d'une trace documentaire permettant de suivre la saisie, la garde, le contrôle, le transfert, l'analyse et la disposition de cet élément de preuve. Le respect de ces procédures standardisées est suffisant pour confirmer que l'élément de preuve n'a pas été remplacé, contaminé, falsifié, remplacé ou modifié d'une quelconque manière.

Le commissaire Pereira a peut-être jugé qu'il agissait comme il convenait en entreposant des échantillons dans une armoire de rangement non réfrigérée, mais c'est là un manquement consternant au respect des procédures établies, qui est surprenant pour un fonctionnaire de police de son rang. Il est particulièrement inquiétant de constater qu'il a ignoré les instructions précises données par le médecin légiste concernant la préservation des échantillons.

On ne peut donner que peu de poids, voire aucun, aux indices fondés sur l'ADN dans cette affaire. Cela, en raison du consternant non-respect des procédures policières dans l'entreposage des échantillons, du risque élevé de contamination et de dégradation des échantillons du fait de l'endroit où ils ont été stockés et de la manière dont ils l'ont été, ainsi que de la rupture évidente de la « chaîne de la surveillance ».

#### **Demande de non-lieu**

Lors de procès pénaux, après les réquisitions du parquet, les avocats de l'accusé peuvent conclure que les preuves présentées sont telles qu'aucun tribunal raisonnable, dirigé comme il convient, ne saurait déclarer l'accusé coupable. Ils peuvent alors présenter une demande de non-lieu visant à convaincre le tribunal de dispenser l'accusé de présenter sa défense.

Il n'existe pas dans le Code de procédure pénale de disposition expresse autorisant les avocats de la défense à présenter une telle demande après les réquisitions du Parquet. Mais la pratique en Malaisie a toujours été d'autoriser les avocats de la défense à agir ainsi. Le juge a toute discrétion pour satisfaire ou non cette demande, car il ne s'agit pas d'une question de droit.

Après avoir entendu les exposés des deux parties, le juge de l'espèce devra décider si les preuves sont suffisantes pour poursuivre le procès. Il s'agit de savoir si l'accusation a convaincu ou non le tribunal qu'il y a une cause probable d'action. Le juge peut alors soit ordonner l'acquittement, soit demander à l'accusé de présenter sa défense. Voir s. 173 (f) CPC.

Le juge Zabidin a ordonné aux parties de présenter des exposés écrits le 18 avril au plus tard, date à laquelle il entendra leurs arguments et prendra la décision soit d'acquitter Anwar Ibrahim, soit de lui demander de présenter sa défense.

\* \* \* \* \*

## **ANGLAIS SEULEMENT**

Observations communiquées par la délégation malaisienne à la 124<sup>ème</sup> Assemblée de l'UIP  
(Panama, avril 2011)

# COMMENTS ON THE REPORT PREPARED BY MARK TROWELL QC DATED MARCH 2011 ON THE TRIAL OF ANWAR IBRAHIM

## INTRODUCTION

[1] This is the 3<sup>rd</sup> response to the reports from Inter-Parliamentary Union (IPU), the last two of which were prepared by Mark Trowell QC on behalf of IPU. From the earlier court records, Mark Trowell QC was holding a watching brief for LAWASIA. It has not been reflected in the court records that Mark Trowell QC was an observer for IPU.

[2] However, the general impression that could be gleaned from these 2 reports prepared by Mark Trowell QC, would be that the reports were actually prepared by one of the members in the Anwar Ibrahim's defence team and not by an objective observer to the trial.

[3] This report by Mark Trowell QC dated March 2011 and his earlier report dated August 2010, essentially paraphrased and reflected the sentiments and stand of Anwar Ibrahim's defence

team, although some concessions were made here and there when issues are clearly untenable.

## **Disclosure of Prosecution Evidence**

[4] This issue on the non-disclosure of prosecution evidence is not a new issue. We refer to our 1<sup>st</sup> reply on this issue pursuant to the resolution adopted by the IPU Governing Council at its 186<sup>th</sup> Session in Bangkok on 1<sup>st</sup> April 2010, whereby we have explained that:

**"d) Access to evidence, documents and things**

i) The position on disclosure of materials is governed by both sections 51 and 51A of the Criminal Procedure Code. Briefly, section 51 requires the prosecution to furnish all the materials mentioned in the charge and also to allow the accused person to know exactly what the charge he is facing before trial.



ii) On the other hand, as we have stated earlier, under section 51A of the Criminal Procedure Code, the prosecution is obliged to supply to an accused person: (a) a copy of the information made under section 107 of the Criminal Procedure Code which we usually called it the 'First Information Report'; (b) a copy of any document which would be tendered as part of the evidence for the prosecution; and (c) a written statement of facts favourable to the defence of the accused. It is well settled that statements recorded from witnesses under section 112 of the Criminal Procedure Code are privilege documents. The law does not permit disclosure of such documents. The prosecution had complied with all the relevant provisions of disclosure as stated in sections 51 and 51A of the said Code.

iii) Even in England, it must be observed that there is also no necessity for 'disclosure of material which is either neutral in its effect or which is adverse to the defendant, whether because it strengthens the prosecution or weakens the defence.' (Please see the case of R v H; R v C [2004] 1 All E R 1269 at page 1278)

iv) The refusal of the prosecution to supply the original samples to Mr. Anwar Ibrahim at this stage of the trial is with the view to preserve the integrity of the samples so as to prevent any allegation of tampering. Once the samples have been tendered, Mr. Anwar Ibrahim and his counsels would have all the liberty to examine the exhibits and ask for the exhibits to be examined by their own expert witnesses. Mr. Anwar Ibrahim is entitled under the law to such request during the trial, whether at the prosecution stage or at the defence stage. The prosecution would have no objection to such request."

[5] In our 2<sup>nd</sup> response to the IPU's report which was prepared by Mark Trowell QC and dated August 2010, we have stated that:

#### **"DISCLOSURE OF MATERIALS AND WITNESS LIST**

39. The position on disclosure of materials in a trial is governed by both sections 51 and 51A of the Criminal Procedure Code. Briefly, section 51 requires the prosecution to furnish all the materials mentioned in the

charge and also to allow the accused person to know exactly what the charge he is facing before trial.

40. On the other hand, under section 51A of the Criminal Procedure Code, the prosecution is obliged to supply to an accused person: (a) a copy of the information made under section 107 of the Criminal Procedure Code which we usually called it the 'First Information Report'; (b) a copy of any document which would be tendered as part of the evidence for the prosecution; and (c) a written statement of facts favourable to the defence of the accused.

41. Section 51A(1)(b) of the Criminal Procedure Code, in particular, mandated that the prosecution must supply a copy of any document which the prosecution wishes to tender at the trial. Hence, it is clearly not correct for Mr. Mark Trowell QC to allege that the prosecution refused to supply evidence which it would rely upon at the trial.

42. It is well settled that statements recorded from witnesses under section 112 of the Criminal Procedure Code are privilege documents. The law does not permit disclosure of such documents. The court conferred

privilege on witnesses' statement because of public policy consideration. Otherwise, for a small country like Malaysia, the members of the public would be utmost reluctant to be witnesses to a crime.

43. The prosecution had complied with all the relevant provisions of disclosure as stated in sections 51 and 51A of the Criminal Procedure Code.

44. These are the documents and materials supplied by the prosecution to the defence together with their respective dates:

List of Documents and Materials supplied by the Prosecution to the Defence

Date	Contents
14.11.2008	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. First Information Report – police report Travers Report No. 4350/2008</li> <li>2. Sketch Plan Log for Unit 11-5-1, Desa Damansara Condominium</li> <li>3. Sketch Plan Log for Unit 11-5-2, Desa Damansara Condominium</li> <li>4. Handling Form for Specimen Medico – Reference Legal No. K08/08</li> <li>5. Request Form for Toxicology/Forensic Examination KL Hospital</li> <li>6. Duty Roaster June 2008, Medical Forensic Department, KL Hospital</li> <li>7. Examination List dated 30 June 2008 for Chinese Silk Carpet, Duvet and Blue Cover</li> <li>8. Examination List dated 30 June 2008 – Log Book Desa Damansara Condominium</li> <li>9. Examination List dated 30 June 2008 – hard disk CCTV – guard house</li> <li>10. Examination List dated 30 June 2008 – hard disk CCTV – administration office</li> <li>11. Examination List dated 29 June 2008 at No.48, Jalan BU 7/6, Bandar Utama, Damansara</li> <li>12. Handover List for exhibit dated 30 June 2008</li> <li>13. Crime Scene Photograph and Exhibit</li> </ol>

	<p>14. CCTV Recording Photograph</p> <p>15. Sample Form And / Or Exhibit for Examination or Extraction B – B10</p> <p>16. Sample Form And / Or Exhibit for Examination or Extraction B 12</p> <p>17. Sample Form And / Or Exhibit for Examination or Extraction A – A7</p> <p>18. Malaysia Chemist Department Official Receipt B-B11</p> <p>19. Malaysia Chemist Department Official Receipt A-A7</p> <p>20. A copy of Log Book Desa Damansara Condominium, KL [page 39-106]</p> <p>21. Sample Form And / Or Exhibit for Examination or Extraction D-D4</p> <p>22. Malaysia Chemist Department Official Receipt D-D3</p> <p>23. Handover exhibit list dated 17 July 2008 marked 4-7</p> <p>24. Handover exhibit list dated 17 July 2008 marked 8-10</p> <p>25. A copy of Travers Report 4350/08</p> <p>26. Accused statement recorded under Section 112 Criminal Procedure Code.</p> <p>27. Copies of the sketch plan of the lock-up dated 17/7/2008.</p> <p>28. 14 copies of photographs of the lock-up during inspection dated 17/7/2008</p> <p>29. A report under Section 399 of the Criminal Procedure Code dated 7.7.2008</p> <p>30. Report of Clinical Forensic case No. K 08/08</p> <p>31. Report under Section 399 of the Criminal Procedure Code dated 22.7.2008</p>
16.06.2009	<p>1. Electro Pherogram for each samples</p> <p>2. Medical report from the Pusrawi Hospital</p> <p>3. CCTV recording dated 26 June 2008</p> <p>4. Clearer copies of statement recorded from DSAI</p>
24.12.2009	<p>1. A Medical Report on Dato Seri Anwar Ibrahim relating to Travers Rpt:4350/08</p>
12.01.2010	<p>1. Copy of POL 59 (Examination of Mohd Saiful Bukhari at 28 June 2008)</p> <p>2. Acknowledgment receipt of Exhibits from Dr. Siew at 29 June 2008</p> <p>3. Request form for Forensic/Toxicology examination</p> <p>4. Station diary at 12 July 2008 until 18 July 2008</p> <p>5. Lock-up visit book at 16 July 2008 until 18 July 2008</p> <p>6. Pocket book of L/Kpl Nik Rosmady at 16 July 2008 until 18 July 2008</p>

	<p>7. Pocket book of L/Kpl Mohd Jasni at 16 July 2008 until 18 July 2008</p> <p>8. Hand-over exhibits form from Supt. Amidon to Investigating Officer dated 30 June 2008</p> <p>9. Hand-over exhibits form from Supt. Amidon to Investigating Officer (exhibits which were taken at the Lock-up on 17 July 2008)</p> <p>10. Hand-over form between chemistry department and Investigating Officer dated 30 June 2008</p> <p>11. Hand-over form between chemistry department and Investigating Officer dated 1 July 2008</p> <p>12. Hand-over form between chemistry department and Investigating Officer dated 17 July 2008</p> <p>13. (4) copies of POL 31 request for examination of exhibits to the Chemistry Department</p> <p>14. A copy of request of exhibits for examination/analysis (MF01)</p> <p>15. A copy of log book for movement of vehicle dated 30 June 2008</p> <p>16. A copy of inspection list of Hard Disc brand Western Digital dated 30 June 2008</p> <p>17. A copy of inspection list of Hard Disc brand Seagate dated 30 June 2008</p>
02.02.2010	<p>1. Acknowledgement letter of hard disc dated 3/7/08</p> <p>2. Acknowledgement letter of hard disc dated 24/9/08</p> <p>3. Certificate under Section 90A Evidence Act by C/Insp Fauziah</p>

45. It must be explained that the refusal of the prosecution to supply the original samples to the defence at this stage of the trial, is with the view to preserve the integrity of the samples so as to prevent

any allegation of tampering. Once the samples have been tendered, Anwar and his counsels would have all the liberty to examine the exhibits and ask for the exhibits to be examined by their own expert witnesses. Anwar is entitled under the law to such request during the trial, whether at the prosecution stage or at the defence stage. The prosecution would have no objection to such request.

#### FEDERAL COURT APPEAL – THE VICTIM'S POLICE STATEMENT

46. As we have stated earlier, witnesses' statements are privilege documents.

47. However, in limited circumstances, defence may gain access to witnesses' statements when application is made to impeach the credit of the witness by relying on his previous statement which is liable to be contradicted under sections 145 and 155 of the Evidence Act. When witness refreshes his memory by referring to his previous statement, under section 161 of

the Evidence Act, the adverse party must be shown the said statement.

48. Any contradiction between the evidence of a witness and the charge preferred against an accused person is no ground for the defence to be given access to that witness' statement.

49. Furthermore, we have explained earlier that the element of consent or otherwise is not relevant to the charge, except that non-consensual act would carry with it an enhanced punishment. Section 377B of the Penal Code is a section for general punishment of the offence, whereas, section 377C is an enhanced punishment section involving non-consensual act. In this case Anwar was charge for an offence punishable under section 377B and consent or otherwise is not an element of the offence.

50. Such being the case, there is no basis upon which Anwar's counsel could claim that he is entitled to the victim's statement. With this in mind and the discretion of the Public Prosecutor pursuant to Article 145 of the Federal Constitution to institute the charge against



Anwar, there is no merit in the application of Anwar's counsel to be given access to the victim's statement.

51. In addition, this ruling by the trial Judge is purely interlocutory in nature and the Court of Appeal and Federal Court have no jurisdiction to entertain interlocutory appeals by virtue of the definition of the word 'decision' in section 3 of the Court of Judicature Act. Otherwise, interlocutory application and its consequential appeal would delay the trial of a matter as experienced in the present case

52. It must be emphasized that Anwar is not prevented from raising all these issues at the end of the trial and to take those issues to the appellate courts for the purpose of appeal, if necessary.

[6] As for the witness list, the Federal Court had ruled that the prosecution is not obliged to supply the witness list to the defence. Notwithstanding the Federal Court's decision, in most cases, witness list would be supplied by the prosecution to the defence but in view of the prevalent danger of witness tampering by the defence in this case, the prosecution did not provide the defence with the witness list.

[7] In addition, it is not a case where the defence is totally in the dark as to the number of witnesses to be called and who to be called as the lead prosecutor had, as a matter of courtesy, informed the lead defence counsel earlier, who the prosecution would be calling at its witnesses, although strictly speaking, the lead prosecutor was not obliged to do so.

[8] More importantly, a cursory perusal of all the documents served on the defence would, unquestionably, reveal the witnesses of the prosecution.

### **Comments on the 1<sup>st</sup> Commentary**

[9] We have adverted earlier why witness statements are not supplied to the defence, primarily, because of public policy consideration. The Federal Court in Husdi v Public Prosecutor [1980] 2 MLJ 80 through the judgment of Suffian Lord President explained at p 82 that:

**“If the prosecution is obliged to supply copies of police statements to the defence without the intervention of the court, the defence may be tempted to ask for, and the**

prosecution will be obliged to supply, copies of every statement in the police investigation file, and Malaysian will be more reluctant to come forward with evidence to incriminate their fellows.”

[10] Moreover, in a criminal trial, the best evidence is still the oral evidence of the witness as the veracity and credibility of the witness evidence can be tested through cross-examination.

[11] There is no bar to the defence to request for a short adjournment in order to enable the defence to be adequately prepared for cross-examination of the prosecution witness. The defence had in fact requested for such adjournment a few times in the course of this trial.

#### **Comments on the 2<sup>nd</sup> Commentary**

[12] It must be remembered that the prosecution has just closed its case and the case is now fixed for submission at the conclusion of the prosecution case on 25 April 2011.

[13] We have explained in our earlier reply that the trial should be allowed to take its proper course rather than to make imprudent remarks and cast aspersion on the competency of the trial judge and the criminal justice system at every turn of event. When rulings are made in the course of a trial, parties who are dissatisfied can appeal against the said rulings. Although appellate court does not entertain interlocutory appeal, the dissatisfied party is not precluded from raising the issue at the substantive appeal stage. To make unwarranted remarks and to cast aspersion on the integrity of the court for every ruling made is not only improper but also subjudice.

[14] It is useful at this juncture to reflect on what we have stated in our earlier reply as follows:

**"37. It must be remembered the trial has just begun. Only four witnesses have been called so far. There are more witnesses to be called. Let the trial take its course. Let us not prejudge the case at this juncture. The criminal justice system of Malaysia allows Anwar to the benefit of one trial and two appeals. We are only at a very early stage of the trial and yet we have report**

**casting aspersion on the criminal justice system of Malaysia."**

[15] Hence, it is clearly improper and ill-advised for Mark Trowell QC to remark at this stage of the trial that **"In assessing whether Anwar Ibrahim has obtained a fair trial It must be said that some of the trial Judge's rulings are questionable."**

[16] Such a remark at this stage of the trial could not have come from an independent observer, more so a QC as such, who must be very well verse in the criminal trial process. We have reiterated earlier that Anwar Ibrahim is entitled to a trial and 2 appeals before any decision could be rendered conclusive.

[17] More importantly, it is clearly a fallacy for Mark Trowell to suggest that 'the failure to disclose this material would make it almost impossible for the accused's forensic experts to properly assess the adequacy and accuracy of the prosecution experts methodology and to properly question these expert witnesses at trial,' as it merely repeated the stand of the Anwar Ibrahim's defence team.

[18] It must be remembered that experts' methodology and the standard adopted are universal and known to every expert in the world.

[19] The assessment on the adequacy and competency of an expert and the conclusions drawn by him, as always, are elicited through cross-examination.

[20] The defence is at liberty to question and challenge the adequacy, competency and conclusions drawn by the prosecution experts in cross-examination. Whatever methods used and standard adopted by the prosecution witness could be elicited through cross-examination.

[21] Hence, it is clear that the remarks of Mark Trowell on the disclosure of material, was made without taking into consideration the explanations of the prosecution put forward at the trial.

#### **Disclosure of hospital clinical notes of Mohd Saiful at HKL**

[22] Looking at this part of the report and the commentary by Mark Trowell, again, it is a mere repetition and elaboration of the submission by Mr. Karpal Singh who is the lead counsel for Anwar Ibrahim.

[23] This issue had been comprehensively dealt with at the trial and also formed part of the prosecution submission in the Court of Appeal. The relevant parts of which are as follows:

"[37] In this regard, it is useful at this juncture to refer to the decision of the Federal Court on the issue of relevancy in the case of Dato Seri Anwar Ibrahim v PP (supra) at p 282, whereby it was explained with reference to the submission of the Respondent as follows:

[38] The learned Solicitor General II in concluding his submission on s. 51 CPC had stated that:

The court would exercise its discretion under section 51 of the Code only if the court is of the view that it is necessary or desirable to have the document produced, having regards to sections 152 to 154 of the Code at the pre-trial stage, whereas the court must subject the application to the relevancy test, having regards to the issues for adjudication in the course of the trial. (Emphasis added)

[39] In coming to that conclusion reference was made to the discussion on the Indian s. 91 Code of Criminal Procedure 1973 (equivalent to s. 51CPC) in the case of State of Orissa v Debendra Nath Padhi [2004] 4 LRI 860, and the following passages were read to us:

Any document or thing envisaged under the aforesaid provisions can be ordered to be produced on finding that the same is necessary or desirable for the purpose of investigation, inquiry, trial or other proceedings under the Code. The first and foremost requirement of the section is about the document being necessary or desirable. The necessity or desirability would have to be seen with reference to the stage when a prayer is made for production. If any document is necessary or desirable for the defence of the accused, the question of invoking s. 91 at the initial stage of framing of a charge would not arise since defence of the accused is not relevant at that stage. (Emphasis added)

The next passage reads



In so far as the accused is concerned, his entitlement to seek order under section 91 would ordinarily not come till the stage of defence. When the section talks of the document being necessary and desirable, it is implicit that the necessity and desirability is to be examined considering the stage when such a prayer for summoning and production is made and the party who makes it whether police or the accused." (Emphasis supplied)

[24] The prosecution in this case had also submitted at length on the accused's entitlement to documents as follows:

[53] Similarly, in the case of Public Prosecutor v Ramasami a/l Simmathri & Ors and another application [2001] 4 MLJ 412 at p 420, the issue of the admissibility of the post mortem report was discussed and it was held that:

"In the case before me, the post mortem reports are not admissible in evidence under s 399 of the CPC because

they have not been served on the accused persons at least ten days before the commencement of the trial. The question of supplying copies of these post mortem reports to the defence does not arise at all."

[54] The court in Public Prosecutor v Ramasami a/l Simmathri & Ors and another application (supra) at p 422, proceeded further to consider the application by the defence for the chemist reports, the report of the forensic pathologist, the report of the dental expert and the DNA profiling reports, where it was reiterated that:

"In my view, these are also not admissible for the same reasons as the post mortem reports and my reasons for disallowing the application of the defence in respect of the post mortem reports also apply to the third category of reports.

In the ultimate analysis, I am of the respectful view that although in the case of post mortem reports, chemist reports, DNA profiling reports, dental reports and the

like, there is no real risk or danger of tampering with witnesses, bearing in mind that the makers are neutral witnesses being professional witnesses, on the authority of *Bryant v Dickson*, cited with approval in the *Khoo Siew Bee* case, there is no duty on the part of the prosecution to supply the defence with copies of the reports." (Emphasis supplied)

[55] A similar stand was also adopted by Spencer Wilkinson J in *Wong Kok Keong v Regina* [1955] 21 MLJ 13 at p 14 where it was held that:

"Reading Section 427(1) as a whole I think it is clear from the wording of the sub-section that the giving in evidence of these documents is subject to the proviso that a copy shall be delivered not less than ten clear days before the commencement of the trial. If this be correct then it is clear that in the case now before me the report was not admissible in evidence, because the proviso on the sub-section had not been complied with."

[56] Where a specific document is ruled to be admissible, the defence is entitled to the said document or alternatively as stated in item (ii) above, the defence is entitled to inspect any document when the witness chose to refresh his memory before the court with regard to the said document. It had been explained by Spencer Wilkinson J in Saw Thean Teik v Regina [1953] 19 MLJ 124 at p 125 that:

"In the first place the Medical Officer having been called as a witness his report should not have been put in. I think it is quite clear from the wording of section 427 of the Criminal Procedure Code that under that section a Medical Officer's report is admissible only if that officer is not called as a witness. When a Medical Officer is giving oral evidence then of course any notes which he may have made at the time of his examination he can refer to refresh his memory. Moreover, if his report is made at about the time when the examination took place the report could be put in not as primary evidence of its contents but to corroborate the oral evidence already given under section 157 of the Evidence Ordinance."

[57] Spencer Wilkinson J further explained at p 126 that:

“Technically, however, it is wrong for a witness in a criminal case to produce a report as a substitute for oral evidence. Clearly, if the witness is in the witness box the best evidence is his oral evidence as to what he saw or discovered (see section 60 of the Evidence Ordinance). Where witnesses of this kind are brought to Court their reports should only be used, if at all, either to refresh memory or as corroboration.”

[58] The Federal Court had in the case of Balachandran v Public Prosecutor [2005] 2 MLJ 301 laid down similar principle, albeit, with reference to the admissibility of an arrest report as opposed to a first information report at p 311 as follows:

“It must be added only the first information report is admissible under s 108A in addition to ss 145 and 157 of the Evidence Act 1950 while other reports are

admissible only under the latter provisions of the law.”

[59] At p 2468 in Sarkar's Law of Evidence (16<sup>th</sup> Edition)(Vol 2), under the heading – Post-mortem Notes etc, the authors expressed that:

“It is extremely undesirable that post-mortem notes of medical examination should be put in evidence en bloc through the medical officer. Ss 159, 161 only permit a limited use being made of them for refreshing memory or for contradicting the witness who made it [Md Yusuf v R, A 1929 S 225; R v Jadab Dass, 27 C 295; 4 CWN 129]. It is the doctor's statement in court which is substantive evidence and not the report which can only be used for refreshing his memory [R v Jadab Dass ante: In re Ranggappa, 59 M 349; Raghuni v R, 9 C 455; 11 CLR 569; Hadi v S, A 1966 Or 21; see also 2 WR Cr Letters P 14 and 6 WR Cr Letters p 3] or to contradict whatever he might say in witness-box, but it cannot by itself be substantive evidence [In re Ramaswami, A 1938 M 336]. The practice of the court referring to statements in the

first information reports, medico-legal reports, &c, as if they were evidence is not justified by law. The proper course is for the witness to refer to the document which he has prepared at the time under s 159 and state in court everything material [Mohammad v R, A 1937 L 475]. (Emphasis supplied)

[25] No clarification is required on the report and commentary concerning the 'Admissibility of Mohd Saiful's toxicology report'

[26] No clarification is required on the report and commentary concerning the 'Testimony of forensic pathologist Dr. Siew Sheue Feng' as the proforma form referred to by Dr. Siew was ordered to be supplied to the defence.

#### **Application for Judge to disqualify himself and the Commentary**

[27] There is nothing much to add to this part of Mark Trowell's report and commentary, except to reproduce the relevant parts of the prosecution submission at the Court of Appeal concerning the allegation of intimidation by the accused's counsel as follows:

“[34] It could be seen that the original/initial reason given by learned counsel for the Appellant to recuse the trial Judge was premised on the fact that the said Judge had dismissed the Appellant’s application to be given access to the doctor’s notes.

[35] It well settled law that there is absolutely no basis to recuse a trial Judge merely because ruling was made against an applicant in a matter. In Alor Janggus Soon Seng Trading Sdn Bhd & Ors v Sey Hoe Sdn Bhd and Ors [2003] 1 MLJ 78 at p 87, the Court of Appeal explained that:

“From what has just been said it must be equally obvious that whether a decision is favourable or adverse depends upon whom it is perceived i.e, by the respondents or by the applicants. Where it is favourable to one party, there would be no application for recusal for sure; but where it is adverse to the other party there might be, as in the case of the applicant here. Surely, a decision that is adverse to a party is not per se



ordinarily a ground to disqualify a judge as observed by Lord Bingham CJ and Mason J above."

[36] The Respondent (the Prosecution) had informed the trial Judge, in no uncertain terms that it was preposterous to apply for the recusal of a Judge merely because the judgment or ruling was made against Appellant. It was an interpretation of the law and had nothing to do with the conduct of the Judge in handling a case. As revealed in p 62 of the Record of Appeal, before the trial Judge, Datuk Yusof had submitted on behalf of the prosecution as follows:

*"It is the first time I am hearing this kind of and the way the application is grounded upon the fact that the judge should be recused on the ground that involved a matter of interpretation with a judgment. This is (sic) nothing to do with the conduct of the judge but is matter of the judge interpreting an authority and says that this authority does not support the proposition. And I have never heard of such a thing. So, I do not think there is even a ground. Because if you are not happy, you*

*appeal, if it can be appealed. If not, then you have to wait until the end of the trial. But that cannot be the ground because a judge interprets the authority differently."*

[37] Having said so, it is not disputed that the trial Judge had commented on the current law as it stands that an application to recuse a Judge can tantamount to contempt of the court in the following words: (Please see p 61 of the Record of Appeal)

*"Mahkamah: "Court: (English Translation)*

*You will file it tomorrow morning. So, we can proceed with the trial today, now. And may consider the contempt proceeding also for filing application to recuse a Judge on the ground that a judge makes a decision which contrary to authority, which is wrong."*

[38] It was from this initial exchange of words that learned counsel for the Appellant alleged that there was intimidation by the court.

[39] As the learned trial Judge had rightly concluded, taking the whole episode as to what transpired in court on 23 November 2010 'in its proper context', there was clearly no intimidation and more importantly, no impression exhibited that there was any real danger of bias on the part of the learned trial Judge in the handling of the trial.

[40] It was clearly an advise and reminder at its highest, like when a Judge reminded a witness on the consequences of telling lies in court and NOT INTIMIDATION as alleged by learned counsel for the Appellant. The Court of Appeal in Che Minah bt Remeli v Pentadbir Tanah, Pejabat Tanah Besut, Terengganu & Ors [2008] 5 MLJ 206 at p 221, expressed the same sentiment vis-a-vis the advise given by the trial Judge in the present case as follows:

"[37] It is significant to that any allegation of reasonable apprehension of bias would bring into sharp focus and would call into QUESTION NOT ONLY THE PERSONAL INTEGRITY OF THE JUDGE BUT ALSO THE INTEGRITY OF THE ENTIRE ADMINISTRATION OF

**JUSTICE.** It is advisable that any counsel who proposes to embark on this perilous course of action must be certain lest he runs foul of the law and be **CITED FOR CONTEMPT.**" (Emphasis supplied)

[41] Similar view was also expressed by the Court of Appeal in **Hock Hua Bank (Sabah) Bhd v Yong Liuk Thin & Ors [1995] 2 MLJ 213** at p 225 as follows:

"The law will not suppose a possibility of bias in a judge who is already sworn to administer impartial justice, and whose authority greatly depends upon that presumption and idea: B1 Comm 361. In consequence, the court has regarded with particular seriousness allegations of partiality or bias on the part of a judge or a court as punishable contempts of court: see 9 Halsbury's Laws of England (4<sup>th</sup> ed) at p 21, para 27."

[42] In **Public Prosecutor v Seeralan [1985] 2 MLJ 30** at p 32, the Supreme Court commented on the conduct of

the counsel who made similar allegation of bias at the Magistrate Court in the following words:

**"There is absolutely no justification for him to make the accusation. Whilst *we accept that counsel can plead for his client without fear and favour, he certainly has no right to abuse the court and interrupt the proceedings. An allegation of bias, in our opinion, is just not a mere act of discourtesy but a contempt of court.* (Re Kumarendran, and Reece v McKenna, ex-parte Reece, cited in Borrie and Lowe's Law of Contempt, second edition, p 30)." (Emphasis supplied)**

[43] The trial Judge had merely commented on the trend of the law as it stands as revealed in the 3 cases above. There is no shred of any intimidation whatsoever from the court.

## **Forensic evidence of DNA excluded – then decision reversed**

[28] The merits of the decision of the trial Judge to reverse his earlier decision was not questioned by Mark Trowell, as it could be observed that new evidence emerged later on in the trial, showing that Anwar Ibrahim was legally arrested. In addition, there was evidence that a warrant of arrest had been issued by the Magistrate earlier for the arrest of Anwar Ibrahim, which then constrained the trial Judge to reverse his earlier ruling on this issue. (See: R v Watson [1980] 2 All. E R 293.)

[29] The so called leaking of the prosecution submission had caught even the prosecution by surprise. In any event, the lead prosecutor had assumed full responsibility for the so-called leaking.

[30] In most cases, the Court would direct parties to file in their written submissions before the hearing or trial date. The publication of such written submission would not prejudice any party. More importantly, this is not a jury trial.

[31] We would not take issue and prejudge the matter concerning the remarks made by the Prime Minister that the accused volunteered his DNA sample for analysis. The accused is still at liberty to file in a formal complaint and application with the court.

[32] In any event, the trial Judge had ruled that the accused is not required to give his DNA sample.

### **No forensic test for lubricant**

[33] The commentary by Mark Trowell concerning the absence of test carried out on the use of lubricant in this case, clearly revealed his partiality in this report.

[34] Mark Trowell QC commented at page 17 of this report that, **“There was no mandatory requirement that the samples be tested for the presence of lubricant, but the failure of the investigators to do so was sloppy police work. It should have been done, but was not.”** (Emphasis supplied)

[35] It could be noted that very strong words were used to describe the police work carried out in this case. These remarks were clearly improper, unwarranted and reflected obviously the proclivity of Mark Trowell QC.

[36] Mark Trowell QC is very much aware of the fact that the victim, Mohd Saiful was examined earlier by Dr. Mohamed Osman at the private hospital (Pusat Rawatan Islam –PUSRAWI) before going to Hospital Kuala Lumpur (HKL). In the process of

examination, lubricant must have been used to assist Dr. Mohamed Osman in his examination of the victim's anus and if test was to be carried out at the Hospital Kuala Lumpur subsequently, for the presence of lubricant, and to suggest that that lubricant was used in the course of carnal intercourse by the accused, unquestionably, such a finding would be affront to all common sense and justice. It is exactly for this reason that no test for lubricant was carried out at HKL.

### **Had Saiful defecated before he was examined at HKL and the Commentary**

[37] This issue had been raised by Mark Trowell QC in his previous report dated August 2010.

[38] Suffice at this juncture for us to refer to our earlier reply on this issue as follows:

**"13. It is appropriate to point out at this juncture that the evidence of the victim (Mohd Saiful) who was the prosecution's first witness, as recounted by Mr. Mark Trowell QC that it was the victim who told Dr. Osman**



'that a "plastic" item had been inserted' into his anus is not reflected in the notes of proceedings. On the contrary, the victim denied ever telling Dr. Osman 'that a "plastic" item had been inserted' into his anus, although, there is such a notation in Dr. Osman's notes.

14. The three specialists who examined the victim had jointly prepared a medical report. As one of the conclusions arrived at by the three specialists and correctly pointed out in the report of Mr. Mark Trowell QC, whereby, it was stated that "no conclusive clinical findings suggestive of penetration to the anus/rectum and no significant defensive wound on the body of the patient"

15. It is also important to note that there is this other conclusion arrived at by the three specialists and also stated in their joint medical report, which was omitted by Mr. Mark Trowell QC.

16. The three specialists also arrived at the conclusion that "the presence of Male DNA types from swabs "B5", "B7", "B8" and "B9" are best interpreted with the identification of the site of sampling."

17. In the said medical report, the laboratory analysis on the blood samples and swabs taken from the victim was also revealed as follows:

**LABORATORY ANALYSIS REVEALED THE FOLLOWING:**

- NO DETECTABLE ALCOHOL AND OTHER COMMON DRUGS IN THE BLOOD SAMPLED FROM THE PATIENT.
- PRESENCE OF SEMEN ON SWABS "B5", "B7", "B8" AND "B9".
- NO FOREIGN SOURCE DNA FROM SWABS "B", "B1", "B2", "B3", "B4" AND "B6"
- A MIXTURE OF MALE DNA TYPES FROM SWAB "B5".
- MALE DNA TYPES FROM TWO INDIVIDUALS FROM SWABS "B7", "B8" AND "B9"

18. The authors in the book, 'Forensic Medicine for Lawyers' (Butterworths) (1983) (2<sup>nd</sup> Edition) at p 228 under the heading: Homosexual offences, explained that:

**"The presence of traces of lubricant may provide suggestive evidence and the finding of spermatozoa on swabs prepared either from within the canal or from the anal mucosa will prove the act almost beyond dispute."**

**19. Mr. Mark Trowell QC had also adverted in his report that:**

**"But in any event, if Anwar's DNA were to be found inside the rectum of the complainant, that would undoubtedly be persuasive evidence of sexual contact, if it could be proved."**

**20. The discomfort and reservation raised by Mr. Mark Trowell QC in his report, concerning the delay of two day for the samples to reach the chemist laboratory, issue on the proper labeling of exhibits and testimonies of the victim that he had not washed himself so as to preserve the evidence, are all issues that would be raised by Anwar's lawyer in the course of this trial.**

21. Rather than immersing ourselves and taking an argumentative stance on these issues, suffice at this juncture to say that those issues pointed by Mr. Mark Trowell QC would be addressed by the prosecution in the course of the present trial. Essentially, those issues involved the credibility of the witnesses and the integrity of exhibits tendered at the trial.

#### Presence of seminal fluids in Mohd Saiful's rectum and Commentary

[39] It must be remembered that at this point of time, parties are in the midst of preparing their submissions at the conclusion of the prosecution case and for Mark Trowell QC to comment that, "Dr. Mohd Razali was a general surgeon. On his own admission he had limited forensic medical experience. He had simply taken the samples from the complainant's body. His opinion about how long one would expect to find traces of semen in the rectum should carry little weight", demonstratively revealed once again Mark Trowell QC's inclination in this case.

[40] The manner the report is prepared by Mark Trowell QC with all the nuances, insinuations and the inevitable conclusions drawn by him is clearly calculated to undermine and to influence the trial process. The trial Judge has yet to make a decision whether Anwar Ibrahim ought to be called to enter his defence! And we have the report from Mark Trowell QC suggesting 'little weight' to be given to the opinion of Dr. Razali.

### **Inadequate storage of DNA samples and Commentary**

[41] Again, Mark Trowell had made unsubstantiated allegations when he remarked that:

**"Little if any weight should be given to the DNA evidence in this case. That is because of the appalling lapse of police procedure in storing the samples, the significant potential for contamination and degradation of the samples because of where and how there were stored and the obvious breach of the 'chain of custody'.**

[42] These sort of remarks surely could not have been made by an independent observer to the trial.

[43] Be that as it may, the proper procedure of storing exhibits in this case is essentially to optimize and to preserve the quality of the samples in order to avoid degradation.

[44] The Investigation Officer did not break the law as suggested by Mark Trowell. The Investigation Officer merely did not follow the Inspector-General's Standing Order requiring exhibits of this nature to be kept in the store and not in his personal cabinet as in this case.

[45] However, the Investigation Officer had explained in Court that he kept the exhibits in his personal cabinet and not in the store or in the freezer, primarily, to maintain the integrity of the exhibits and to avoid tampering by 3<sup>rd</sup> parties of the exhibits.

[46] Prosecution had explained earlier that the original samples taken from the victim could not be given to the defence before the trial in order to preserve the integrity of the samples. Now that the samples have been tendered in court, the defence can apply to the court for the original samples to be handed to the defence for further independent testing, if required. For Mark Trowell QC to state that 'no explanation at all has been given by the prosecution'

on this point is clearly not true. (Please see also paragraph 5 of this Reply which incorporated our earlier reply on this point)

[47] Whether the exhibits were kept with the Investigation Officer for 34 hours, 43 hours or 48 hours would only affect the degradation of the samples and not the chain of custody. The degradation of samples would then affect the results of the DNA to be developed and nothing more.

[48] On the allegation attributed by Mark Trowell QC to Anwar's lawyers that 'it is highly unlikely that DNA could have been obtained from material taken from Mohd Saiful's rectum 48 hours after the act of penetration, it is useful to refer to the following literatures on this issue as follows:

- (i) The longest times after intercourse that spermatozoa have been found on rectal swab was **65 hours** and on anal swabs was **46 hours**.

(Forensic Science International (1982)  
Pages 135 and 139  
G.M. Willot and J.E. Allard  
The Metropolitan Police Forensic  
Science Laboratory, London)

[11] Spermatozoa may be identified on anal/rectal swabs taken up to three days after anal intercourse, even defaecation has occurred.

(Clinical Forensic Medical  
3<sup>rd</sup> edition, pg 146)

[42] Parties will be making their submission on 25 April 2011 before the trial Judge whether a prima facie case has been made out by the prosecution against the accused. Until the decision is made by the trial Judge and until a final and conclusive outcome is rendered by the Federal Court on appeal, it is best to let the process of the trial and appeals take its own course without interference from any parties.