

**Franklin Joseph Cherkas**

(██████████ Corporal, Canadian Forces) *Appellant*  
v.

**Her Majesty the Queen***Respondent*

On appeal from a Conviction by Disciplinary Court Martial held at Calgary, Alberta, 10 and 11 September, 1970.

*Absent without leave—National Defence Act, Sec. 81—Authority for the Absence—Custom as a Justification*

On 4 August, 1970, accused was the non-commissioned officer in charge of the night shift of military police working out of the base guardroom at CFB Calgary. Accused was physically present in the guardroom from 0630 hrs to 0715 hrs during a shift commencing at 1800 hrs and finishing at 0800 hrs. Accused claimed that standing orders do not indicate that the NCO in charge must be physically present, rather the custom of the unit was authority for his absence.

*Held:* Appeal dismissed, no merit to claim that accused's duties could be performed during his physical absence. Custom could be a justification, but the onus of proof regarding this custom rests on the accused. Here there is no such proof of the custom.

P. B. Gunn, Esq., for the Appellant.

H. G. Oliver, Esq., J. A. DesRoches, Esq., for the Respondent.

Before: Cattnach, Sinclair, McIntyre JJ.

Edmonton, Alberta, 31 May, 1974.

Oral Judgment of the Court delivered by McINTYRE J.: Colonel Oliver, we are of the view it is unnecessary to call upon you, despite the excellent argument put forward by Mr. Gunn on behalf of the appellant.

The appellant was convicted on two counts of being absent without leave. Two grounds of appeal are taken. Paraphrasing these grounds as expressed by his counsel, the first was that the

**Franklin Joseph Cherkas**

(██████████ Caporal, Forces canadiennes) *Appelant*  
c.

**Sa Majesté la Reine***Intimée*

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire siégeant à Calgary, Alberta, les 10 et 11 septembre 1970.

*Absence sans permission — Loi sur la défense nationale, art. 81 — Autorisation de s'absenter — Usage invoqué comme justification*

Le 4 août 1970, l'accusé était le sous-officier responsable du quart de nuit de la police militaire au poste de police de la base de Calgary. L'accusé fut effectivement au poste de police entre 6 h 30 et 7 h 15, durant le quart qui commença à 18 h 00 et finit à 8 h 00. L'accusé prétend que les ordres permanents en vigueur n'indiquaient pas que le sous-officier responsable devait être présent physiquement et que l'usage dans son unité l'autorisait à s'absenter.

*Arrêt:* Appel rejeté. La prétention selon laquelle les fonctions de l'accusé pouvaient être exécutées pendant son absence n'est pas fondée. L'usage pouvait constituer une justification, mais le fardeau de la preuve à cet égard incombe à l'accusé. En l'espèce, on n'a pas fait la preuve de l'existence de cet usage.

P. B. Gunn pour l'appelant.

H. G. Oliver, J. A. DesRoches, pour l'intimée.

Devant: Les juges Cattnach, Sinclair et McIntyre.

Edmonton, Alberta, le 31 mai 1974.

Jugement prononcé à l'audience par le juge McINTYRE: Colonel Oliver, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de vous entendre, malgré l'excellent plaidoyer de Me Gunn en faveur de l'appelant.

Celui-ci a été déclaré coupable sous deux chefs d'accusation, pour s'être absenté sans permission. Il y a deux motifs d'appel. Pour reprendre ce qu'a exposé l'avocat de l'appelant, le premier consiste à

appellant performed his duties despite his physical absence from his post of duty, the guard room where he was the N.C.O. in charge of the security guard. In my view, there is no merit to this ground of appeal.

The second, and more substantial ground of appeal is that the appellant was not absent without leave, without authority. In justification for his admitted absences during the two periods covered by the charges, it is said that he was absent in accordance with a custom prevalent in the unit in which he was serving. It is urged that this custom enabled N.C.O.'s in such circumstances to be physically absent from their posts of duty.

As I have said, the appellant concedes the fact of absence. The burden of showing the justification through custom thus rests upon him, for s. 129 of the *National Defence Act* incorporates the principles enunciated in s. 730(2) of the *Criminal Code*. The burden imposed of showing the justification, in this case by custom, is not a burden to be proven beyond a reasonable doubt. It is sufficient if it raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

However, such a defence or excuse must have an evidentiary base. The burden of showing that an evidentiary base exists in the evidence is upon the accused. The accused did not testify. Notwithstanding that fact, I agree with counsel for the appellant that if the evidence called by the Crown touched on custom, such evidence would be available for the benefit of the accused.

In my opinion, there is no evidentiary base at all for the custom alleged. The objection that the learned Judge Advocate failed to put to the Court Martial a defence raised on this ground cannot therefore be sustained.

It follows that the second ground of appeal fails as well. Even if we are wrong in the conclusions that we have reached, a careful review of all the evidence satisfies us that no substantial miscarriage of justice has occurred, and that the provisions of s. 204 of the *National Defence Act* justifies a dismissal of these appeals.

SINCLAIR J.: I concur.

CATTANACH J.: I concur.

dire qu'il a exécuté ses fonctions bien que physiquement absent de son poste, c.-à-d. du poste de police militaire où il était le sous-officier responsable de la sécurité. A mon avis, ce premier moyen n'est pas fondé.

Le deuxième moyen est plus sérieux: l'appellant ne s'est pas absenté sans permission, sans autorisation. Afin de justifier ses absences, qu'il a admises, pour la durée des deux périodes visées par les accusations, il prétend qu'il était absent selon l'usage qui prévalait dans son unité. Il soutient que, dans ces circonstances, cet usage permettait aux sous-officiers d'être absents physiquement de leurs postes.

Comme je l'ai déjà dit, l'appellant admet avoir été absent. Mais, puisqu'il invoque l'usage comme moyen de défense, il doit le prouver, car l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* inclut les principes énoncés à l'article 730(2) du *Code criminel*. Cependant, la preuve que l'usage constitue une justification n'a pas à être faite hors de tout doute raisonnable. Il suffit de susciter un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé.

Cependant, un tel moyen de défense ou excuse doit être fondé sur la preuve. La charge de démontrer qu'il existe une telle preuve incombe à l'accusé qui n'a pas témoigné. Malgré cela, je suis d'accord avec l'avocat de l'appellant pour dire que si la preuve soumise par la Couronne abordait la question de l'usage, celle-ci devrait jouer en faveur de l'accusé.

À mon avis, l'usage allégué n'a pas été démontré. L'objection selon laquelle le savant juge-avocat a omis de soumettre à la cour martiale le moyen de défense fondé sur ce motif, ne peut donc être retenue.

Il s'en suit que le deuxième motif d'appel doit également échouer. Même si c'est à tort que nous concluons de la sorte, un examen complet de toute la preuve démontre qu'aucune erreur judiciaire importante n'a été commise et, conformément aux dispositions de l'article 204 de la *Loi sur la défense nationale*, il y a lieu de rejeter ces deux appels.

LE JUGE SINCLAIR: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE CATTANACH: Je souscris à ces motifs.