

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1675/2002

ATAS/425/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 1^{er} juin 2004

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur D _____, comparant par X en les bureaux duquel il
élit domicile

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, Rue
de Lyon 97, Genève

intimé

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Madame Isabelle DUBOIS et
Monsieur Marc MATHEY-DORET, Juges.**

EN FAIT

1. Monsieur D_____, ressortissant de Bosnie-Herzégovine né en 1964, est arrivé en Suisse le 28 septembre 1993 en tant que requérant d'asile, avec sa femme et ses deux enfants, nés en 1988 et 1994. Avant son arrivée, Monsieur D_____ exerçait le métier de menuisier dans son pays d'origine.
2. Mis à part un placement au Foyer de L (GE) par l'aide aux requérants d'asile de l'Hospice Général durant une année, du 4 octobre 1993 au 3 octobre 1994, au cours duquel il a effectué des travaux de peinture, d'entretien du parc, d'aide à la vigne et de nettoyages selon attestation du 14 mai 2002, l'intéressé n'a jamais exercé d'activité lucrative en Suisse. Son permis de séjour est de type B.
3. Peu après son arrivée, soit au mois de décembre 1993, l'intéressé a été opéré par le Dr A, Chef du Service de neurochirurgie établissement hospitalier, d'une hernie discale (L5-S1) dont il souffrait depuis 1992, ce qui a entraîné une incapacité totale de travailler du 25 novembre 1993 au 30 janvier 1994.
4. Dans son rapport du 4 février 1998, le Dr B, radiologue à la demande du Dr C, médecin-traitant de l'assuré, a constaté une récurrence de hernie discale. Il explique qu'à « l'étage inférieur L5-S1 où il y a eu l'intervention chirurgicale de 1993, nous trouvons également une hernie. Elle est plus importante que celle qui se trouve à l'étage sus-jacent ».
5. S'agissant de l'hernie discale lombaire opérée en 1993, le Dr D, neurologue, a souligné dans un rapport du 18 septembre 1998 à l'attention du Dr C, que des sciatalgies étaient réapparues du côté gauche, alors que la sciatalgie était plutôt à droite en 1993. Le contrôle scannographique avait mis en évidence une hernie discale résiduelle médiane et paramédiane bilatérale, avec par ailleurs des séquelles post-inflammatoires périradiculaires à droite.
6. Après un scanner de la colonne lombaire, le Dr E, radiologue, a constaté, le 23 novembre 1998, qu'il existait une aggravation récente de la symptomatologie, suite à l'opération de l'hernie discale L5-S1 de 1993. Le status était normal à hauteur L3-L4 et L4-L5, mais l'ancienne hernie discale se retrouvait à la hauteur de L5-S1. Il concluait donc à la récurrence d'une hernie latérale droite L5-S1 sur ancien status post-opératoire.
7. Le patient a été opéré à nouveau le 11 décembre 1998 par le Dr A qui a diagnostiqué une récurrence volumineuse de hernie discale L5-S1 droite, dans son

résumé d'observation du 15 décembre 1998. Les suites opératoires étaient simples et le patient soulagé de ses douleurs.

8. Dans un rapport à l'attention de l'Office fédéral des réfugiés du 28 janvier 2000, le Dr A a indiqué que les douleurs à nouveau ressenties étaient dues à une récurrence de l'hernie discale opérée en 1993. Il était peu probable que le patient puisse reprendre une activité professionnelle lui permettant de subvenir aux besoins de sa famille. La situation était chronique et extrêmement invalidante.
9. En date du 26 juin 2000, l'intéressé a déposé auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI) une demande de prestations de l'assurance-invalidité pour adultes visant à obtenir des mesures médicales de réadaptation spéciales.
10. Dans le rapport médical à l'attention de l'OCAI du 14 août 2000, le Dr C a indiqué que son patient avait besoin d'un traitement médical depuis le mois d'août 1992 et que son incapacité de travail était totale depuis le mois de septembre 1993. Son patient n'avait jamais travaillé en Suisse et il demandait à l'OCAI d'apprécier le droit à une rente. Son diagnostic était le suivant : lombalgie chronique + syndrome radiculaire S1 droit invalidant, sur la base d'une hernie discale L5-S1 (1993 et 1998), hernie discale L4-L5 gauche, fibrose post-opératoire, syndrome pluri-métabolique, diabète de type II, hyperlipidémie, hyperuricémie et état anxio-dépressif.
11. Le Dr A a, quant à lui, relevé dans son rapport médical à l'attention de l'OCAI du 5 juin 2001 que son patient n'avait jamais travaillé en Suisse et qu'il souffrait d'une hernie discale lombaire opérée à deux reprises en 1993 et 1998. Il était illusoire d'envisager une quelconque activité professionnelle compte tenu de l'état de santé et du contexte social.
12. Le 21 mai 2002, le Dr A a précisé les dates des incapacités totales de travailler de son patient, soit dès le 25 novembre 1993 durant 8 semaines ainsi que du 10 au 30 janvier 1994.
13. Par courrier du 27 mai 2002, le Dr C, qui ne suivait le patient que depuis 1998, a indiqué qu'il souhaitait corriger son rapport du 14 août 2000, en ce sens que son patient était capable de travailler à 100% dès le mois de janvier 1994, conformément aux informations reçues par téléphone de la part du Dr A.
14. Dans son rapport du 28 juin 2002, le Dr F, médecin-conseil de l'OCAI, a relevé que l'assuré souffrait en réalité d'une hernie discale depuis 1992 avec récurrence en 1993. D'après ce médecin, dire que l'assuré était apte au travail en janvier 1994 alors que son hernie avait récidivé en décembre 1993 relevait de l'hypothèse. A

fin 1993, il était certain que l'incapacité de travail dépassait le taux de 40 % depuis un an en moyenne de sorte que l'assuré devait être considéré comme invalide entre septembre et décembre 1993.

15. Par décision du 30 juillet 2002, l'OCAI a rejeté la demande de prestations, indiquant que l'intéressé n'était pas assuré au moment de la survenance de l'invalidité.
16. Le 30 août 2002, l'intéressé a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité, concluant à ce qu'une invalidité à 100% lui soit reconnue, dans la mesure où il était capable de travailler du 31 janvier 1994 à 1998 et qu'il avait exercé une activité professionnelle durant une année à compter du 4 octobre 1993.
17. Le 19 septembre 2002, il a complété son recours et souligné qu'il n'avait pas subi d'incapacité de travail durable et permanente avant 1998, date à laquelle un changement était survenu dans sa situation médicale.
18. Par préavis du 27 novembre 2002, l'OCAI a conclu au rejet du recours, relevant que l'intéressé ne satisfaisait pas à la condition de la durée minimale de cotisations, puisque la survenance de l'invalidité devait être fixée antérieurement à son arrivée en Suisse.
19. Le 19 décembre 2002, l'intéressé a persisté dans ses conclusions, indiquant qu'il y avait lieu de se baser sur les appréciations des médecins figurant au dossier et non sur celle du médecin conseil.
20. L'OCAI a également persisté dans ses conclusions le 21 janvier 2003.
21. Par courrier du 10 décembre 2003, l'Hospice Général a fourni au Tribunal cantonal des assurances sociales, en charge du dossier depuis le 1^{er} août 2003, le décompte des prestations d'assistance perçues par le recourant depuis le 4 octobre 1993 et indiqué qu'aucune cotisation sociale n'avait été prélevée sur ces montants.
22. Requis par le Tribunal de céans de préciser les détails des incapacités de travail ainsi que les activités envisageables pour le recourant, le Dr A a indiqué le 26 février 2004 qu'il lui était difficile de répondre précisément à ces questions. D'un point de vue théorique, l'incapacité de travail après une cure de hernie discale était de 4 mois, mais le cas de ce patient était compliqué par des facteurs socio-culturels ainsi qu'une récurrence opérée en 1998. S'il en avait les compétences, une activité physique adaptée à ses problèmes de santé pourrait être envisageable à 50 %, mais compte tenu de la situation, le Dr A doutait que son patient remplisse les conditions lui permettant d'envisager un emploi de ce type. Il fallait donc

admettre que la capacité de travail de son ancien patient était nulle dans toute activité depuis 1998.

23. Le 16 mars 2004, l'OCAI a relevé que la réponse du médecin était une réponse « théorique ». Il y avait lieu de comprendre de ce courrier du Dr A que l'activité habituelle de menuisier n'était déjà plus possible après la première intervention de 1993. Par ailleurs, le décompte des prestations d'assistance démontrait que l'assuré n'avait jamais été professionnellement actif en Suisse, de sorte que l'OCAI maintenait sa position dans ce dossier.
24. L'assuré, dans un courrier du 18 mars 2004, a indiqué qu'il y avait lieu de retenir qu'il était incapable de travailler depuis 1998 et qu'aucune autre activité ne lui était ouverte. Il persistait donc dans ses conclusions.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : « Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres

juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

-
2. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AI.(cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
 3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-invalidité. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (ci-après : LAI) et du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après : RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
 4. Déposé dans les formes et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme, en vertu des art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS).
 5. Les étrangers ont droit aux prestations de l'assurance-invalidité s'ils sont assurés lors de la survenance de l'invalidité (art. 6 al. 1^{er} LAI dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2001), et cela aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse et, sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI, pour autant qu'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisations ou dix années de résidence ininterrompue en Suisse (art. 6 al. 2 LAI).

Demeurent toutefois réservées les dispositions dérogatoires des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs. En l'occurrence, la Convention entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales du 8 juin 1962 (ci-après la Convention) est applicable au cas d'espèce et déroge à l'art. 6 al. 2 LAI.

A cet égard, l'art. 1^{er} de la Convention prévoit que celle-ci s'applique, en Suisse et en Ex-Yougoslavie, à la législation fédérale sur l'assurance-invalidité [al. 1^{er} let. a point (ii) et let. b point (ii)].

Selon l'art. 2 de la Convention, les ressortissants suisses et yougoslaves jouissent de l'égalité de traitement quant aux droits et aux obligations résultant des dispositions des législations énumérées à l'article premier.

Sous réserve des dispositions de la Convention et de son Protocole final, les ressortissants suisses et yougoslaves qui peuvent prétendre des prestations au titre des législations énumérées à l'article premier reçoivent ces prestations intégralement et sans restriction aucune, aussi longtemps qu'ils habitent sur le territoire de l'une des Parties contractantes (art. 3).

Dès lors, au vu de ce qui précède, le recourant a droit aux prestations de l'assurance-invalidité aux mêmes conditions que les ressortissants suisses.

6. Ont droit aux rentes ordinaires les assurés qui, lors de la survenance de l'invalidité, comptent une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1^{er} LAI).

Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de la LAVS sont (sous réserve de l'art. 36 al. 3 LAI) applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires (voir à ce propos ATF 124 V 159); le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions complémentaires. Selon l'art. 32 al. 1 RAI en corrélation avec les art. 50 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après aRAVS) et 29ter al. 2 LAVS, une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1^{er} ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, soit elle a versé la cotisation minimale (variante I), soit son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale (variante II) ou, enfin, elle peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance (variante III). A la différence de la situation qui existait avant l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS (cf. ATF 111 V 106 consid. 1b ; 110 V 280 consid. 1a), un assuré peut donc, selon le nouveau droit, satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une rente ordinaire de l'AVS/AI, sans avoir payé personnellement des cotisations (ATF 125 V 253). Ces dispositions légales plus favorables introduites par la 10ème révision de l'AVS ne s'appliquent toutefois pas aux cas d'assurance survenus sous l'empire de l'ancien droit et pour lesquels le droit à une rente a été nié, parce que la condition de la durée minimale de cotisations (ancien art. 29 al. 1 LAVS; VSI 2000 p. 174) n'était pas réalisée (ATF 126 V 7 consid. 1).

7. S'agissant des conditions de fond, l'invalidité est définie par la loi comme la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique, ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art 4 al. 1^{er} LAI).

Selon l'art. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Ce moment doit être déterminé objectivement, d'après l'état de santé; des facteurs externes fortuits n'ont pas d'importance. Il ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance (ATF 118 V 82 consid. 3a ; ATFA du 25 janvier 2000 en la cause S., I 132/99).

La survenance de l'invalidité se situe au moment où le droit à la rente prend naissance, conformément à l'art. 29 al. 1^{er} LAI, soit dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 pour cent au moins (let. a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 pour cent au moins pendant une année sans interruption notable (let. b), mais au plus tôt le 1er jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré (art. 29 al. 2 LAI; RCC 1984 p. 464).

Le droit à la rente est déterminé par l'art. 28 al. 1^{er} LAI qui dispose que l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 pour cent au moins.

La rente est entière pour une invalidité de 66 2/3 pour cent au moins, elle est d'une demie pour une invalidité de 50 pour cent au moins et d'un quart pour une invalidité de 40 pour cent au moins.

Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4 ; 115 V 134 consid. 2 ; 114 V 314 consid. 3c ; 105 V 15).

8. Il convient tout d'abord d'examiner si les conditions d'assurance sont réalisées dans le cas particulier, avant de déterminer si le recourant a droit à des prestations de l'assurance-invalidité.
9. En l'espèce, s'agissant des conditions d'assurance, il ressort du dossier que le recourant n'a jamais cotisé à l'assurance-invalidité, de sorte qu'il ne peut pas prétendre remplir la condition de la durée minimale de cotisations personnelles durant plus de onze mois, conformément à la variante I. En effet, celui-ci est au bénéfice d'aides de la part de l'Hospice Général de Genève depuis le mois d'octobre 1993 et aucune cotisation sociale n'a jamais été prélevée sur ces montants.

Par contre, on sait que son épouse exerce un emploi, sans qu'il soit précisé si celle-ci a cotisé de manière suffisante pour remplir les conditions de la variante II.

Quoi qu'il en soit, l'intéressé est père de deux enfants nés respectivement en 1988 et 1994, de sorte qu'il peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives dès son arrivée pour l'un de ses enfants et dès 1994 pour ses deux enfants. Il remplit ainsi les conditions de la variante III.

En effet, aux termes de l'art. 29^{sexies} al. 1^{er} LAVS, les assurés peuvent prétendre à des bonifications pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans.

Ainsi, il apparaît que le recourant, bien que n'ayant jamais cotisé personnellement à l'assurance-invalidité, est tout de même en mesure de satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une rente ordinaire de l'assurance-invalidité.

Il y a donc lieu de retenir que le recourant était assuré lors de son arrivée en Suisse.

10. Il s'agit maintenant d'examiner le droit aux prestations du recourant et de déterminer la date de survenance de l'invalidité. L'OCAI a conclu à la lecture des éléments figurant au dossier que la survenance de l'invalidité devait être fixée avant l'arrivée du recourant en Suisse, le 28 septembre 1993.

Cette appréciation se basait sur l'avis du médecin-traitant de l'OCAI, le Dr F, lequel déclarait que l'assuré devait être considéré comme invalide entre septembre et décembre 1993. Pour ce médecin, l'incapacité de travail devait à ce moment précis dépasser le taux de 40% depuis une année en moyenne. Il indiquait que s'il avait pu y avoir une amélioration après la première opération, celle-ci n'avait pas duré. Le Dr F soulignait que dire que l'assuré était capable de travailler en janvier 1994 alors qu'il avait récidivé de son hernie discale en décembre 1993 relevait de l'hypothèse, cela d'autant plus que le Dr C ne le connaissait pas à cette période.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués

ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322)

Il ressort du dossier que le recourant a été opéré à deux reprises par le Dr A, soit en décembre 1993 et en décembre 1998.

La première opération lui a valu une incapacité totale de travailler du 25 novembre 1993 au 30 janvier 1994.

Par la suite, contrairement à ce que soutient l'OCAI, le recourant a été capable de travailler, puisqu'il a précisément été employé dans le cadre d'une participation aux programmes d'utilité communautaire entre le 4 octobre 1993 jusqu'au 3 octobre 1994 et qu'il a pu s'acquitter de ses tâches à la satisfaction de son employeur, hormis la période d'incapacité de travail précitée.

A cet égard, on remarquera que le Dr F, qui n'a jamais personnellement examiné l'assuré, se base sur ses propres hypothèses pour fixer la date de survenance de l'invalidité, alors que le dossier contient les avis de deux médecins, principalement celui du chirurgien ayant opéré ce patient à deux reprises.

Le médecin-traitant de l'assuré, le Dr C, a tout d'abord indiqué dans son rapport du 14 août 2000 que son patient subissait une incapacité totale de travailler depuis le mois de septembre 1993.

Il a ensuite corrigé ce rapport par courrier du 27 mai 2002, indiquant qu'une reprise du travail à 100% avait été possible dès le mois de janvier 1994. Cette correction se basait sur un entretien téléphonique avec le Dr A, le Dr C n'ayant personnellement suivi l'assuré que depuis le mois de février 1998, soit peu après sa deuxième opération, alors que le Dr A a traité ce patient dès 1993.

Ainsi, s'agissant des dates des incapacités de travail dans le temps et faute d'autres éléments, il convient de se référer aux informations reçues de la part du Dr A, neurochirurgien ayant suivi l'assuré dès son arrivée en Suisse.

Le dossier contient des certificats d'incapacité de travail précisant les dates pour les années 1993 et 1994, mais aucune information précise pour 1998.

Le Dr A a indiqué dans un résumé d'observation du 15 décembre 1998 que le patient présentait à nouveau des lombosciatalgies dès le 18 octobre 1998 et qu'il était admis pour un traitement chirurgical. Il ne précisait pas à partir de quelle date exacte celui-ci se trouverait en incapacité totale de travail.

Dans son rapport à l'attention de l'OCAI concernant les capacités professionnelles du 5 juin 2001, le Dr A indiquait que la capacité de travail du patient était de 0% sans préciser non plus à partir de quelle date, le champ à cet effet étant laissé libre.

Interrogé sur ce point par le Tribunal de céans, le Dr A a indiqué, dans un rapport du 26 février 2004, qu'il fallait admettre une incapacité totale de travail depuis 1998, tout en relevant que ce patient pourrait exercer un emploi adapté à 50 % à certaines conditions.

Si l'on ajoute à cet avis médical du Dr A celui du Dr C, qui confirme l'incapacité totale de travail depuis la récurrence de hernie discale, l'OCAI ne pouvait tenir pour avéré que l'assuré avait, à fin 1993, présenté en moyenne une incapacité de travail de 40 % au moins depuis un an sans interruption notable, alors qu'aucun certificat médical ni aucun avis de médecin ayant traité le recourant ne l'atteste. Il y a dès lors lieu de considérer que l'assuré était capable de travailler à son arrivée en Suisse. Le seul avis médical du Dr F, médecin-conseil de l'OCAI, dont le rapport médical ne répond pas aux exigences de la jurisprudence pour lui accorder pleine force probante, n'est pas suffisant à lui seul pour infirmer les avis exprimés par les médecins ayant examiné le recourant.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision du 30 juillet 2002 de l'OCAI annulée. Le dossier est renvoyé à l'OCAI pour nouvelle décision, compte tenu du fait que l'assuré doit être considéré comme capable de travailler à son arrivée en Suisse.

11. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à titre de participation à ses frais ainsi qu'à ceux de son mandataire, qui seront fixés en l'espèce à fr. 1'500.-.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant
(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Renvoie le dossier à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.
4. Condamne l'Office cantonal de l'assurance-invalidité à verser au recourant, à titre de dépens, la somme de 1'500 fr.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Nancy BISIN

La Présidente :

Valérie MONTANI

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

Copie du présent arrêt est notifié aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe